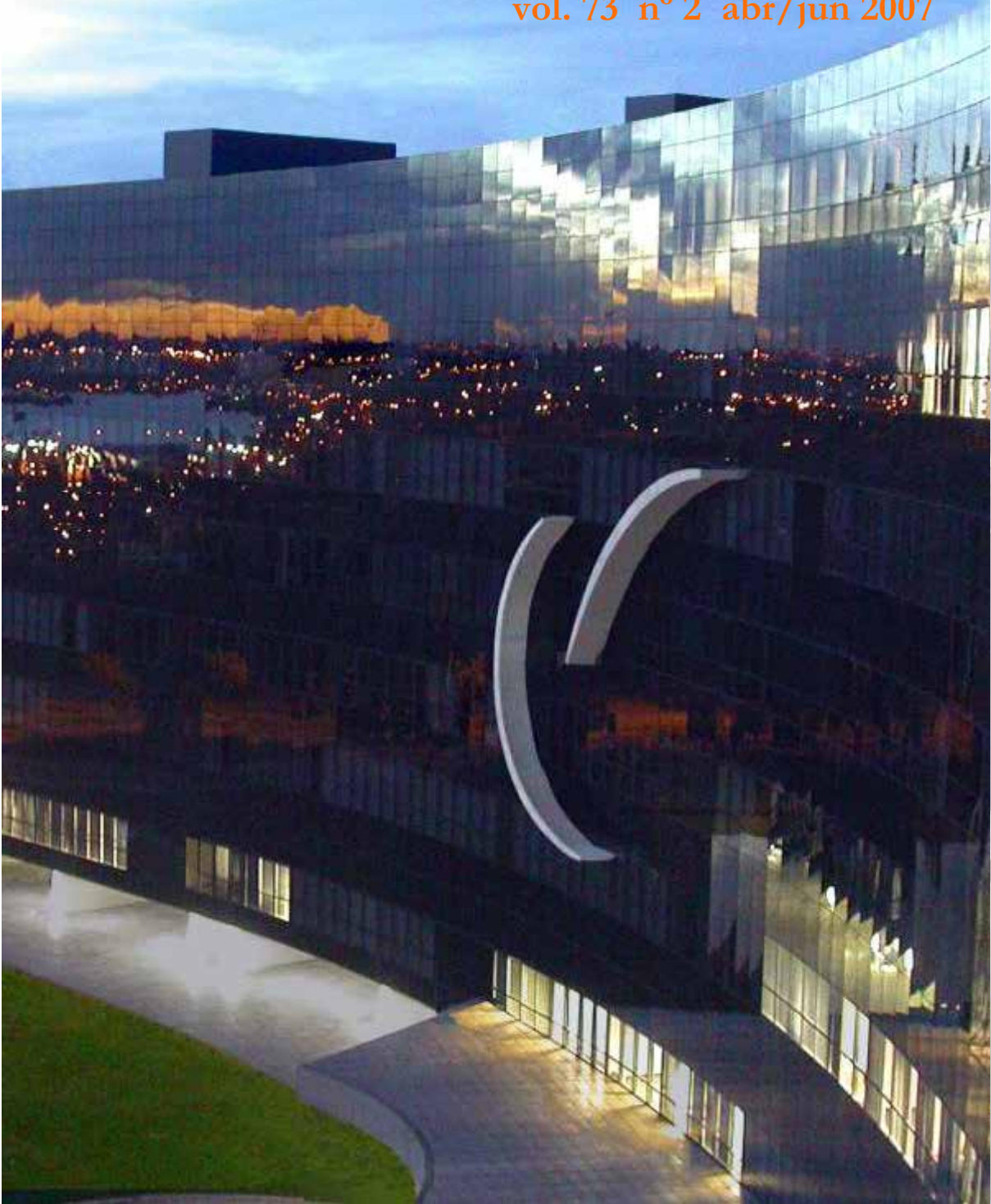


Revista do Tribunal Superior do Trabalho

vol. 73 n° 2 abr/jun 2007



Revista do Tribunal Superior do Trabalho



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Revista do Tribunal Superior do Trabalho

Ministro Rider Nogueira de Brito
Presidente

Ministro Milton de Moura França
Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen
Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Renato de Lacerda Paiva
Ministro Lelio Bentes Corrêa
Comissão de Documentação

Ano 73 – nº 2 – abr. a jun. – 2007



Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (mai./ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- , Magister.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil.
4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

Coordenação: Comissão de Documentação

Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Revisão: José Geraldo Pereira Baião

Capa: Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

Editoração Eletrônica: Editora Magister

Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo.

Tribunal Superior do Trabalho

Setor de Administração Federal Sul

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 33140-3056

E-mail: revista@tst.gov.br

Internet: www.tst.gov.br

Editora Magister

Alameda Coelho Neto, 20 / 3º andar

91340-340 – Porto Alegre – RS

Fone: (51) 3027-1100

magister@editoramagister.com

www.editoramagister.com

**Composição do
Tribunal Superior do Trabalho**

Tribunal Pleno

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra Martins Filho

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministra Dora Maria da Costa

Seção Especializada em Dissídios Coletivos

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra Martins Filho

Ministro João Batista Brito Pereira

Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton de Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Vantuil Abdala

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro João Batista Brito Pereira

Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Lelio Bentes Corrêa

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga

Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires

Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Ministra Maria de Assis Calsing

Ministra Dora Maria da Costa

Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais

Ministro Rider Nogueira de Brito – Presidente

Ministro Milton da Moura França – Vice-Presidente

Ministro João Oreste Dalazen – Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Gelson de Azevedo

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen

Ministro Ives Gandra Martins Filho

Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Emmanoel Pereira

Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Primeira Turma

Ministro Lelio Bentes Corrêa - Presidente
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho
Ministra Dora Maria da Costa

Segunda Turma

Ministro Vantuil Abdala – Presidente
Ministro José Simpliciano Fontes de Faria Fernandes
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Terceira Turma

Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Presidente
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira

Quarta Turma

Ministro Antonio José de Barros Levenhagen - Presidente
Ministro Ives Gandra Martins Filho
Ministra Maria de Assis Calsing

Quinta Turma

Ministro João Batista Brito Pereira – Presidente
Ministro Gelson de Azevedo
Ministro Emmanoel Pereira

Sexta Turma

Ministro Aloysio Corrêa da Veiga – Presidente
Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires
Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa

Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



RUDER DE BRITO
PRESIDENTE



HILTON DE MOURA FRANÇA
VICE-PRESIDENTE



JOÃO ORESTE DALAZEN
CORREGEDOR-GERAL



VANTUIL ABDALA



GELSON DE AZEVEDO



CARLOS ALBERTO
REIS DE PAULA



ANTONIO JOSÉ
DE B. LEVENHAGEN



IVES GANDRA FILHO



BRITO PEREIRA



CRISTINA PEDUZZI



JOSÉ SIMPLICIANO
FONTES



RENATO PAIVA



EMANOEL PEREIRA



LELJO BENTES



ALOYSIO VEIGA



HORACIO SENNA
PIRES



ROSA MARIA



VIEIRA DE MELLO
FILHO



ALBERTO BRESCIANI



MARIA CALSING



DORA COSTA

Sumário

DOCTRINAS

TEMÁTICA CONSTITUCIONAL

O juiz

Rider Nogueira de Brito 15

TEMA ESPECIAL: O DANO MORAL TRABALHISTA

1. Assédio moral

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi 25

2. El daño moral por término del contrato de trabajo en el derecho del trabajo chileno

Sergio Gamonal Contreras 46

3. Dano moral coletivo

Arion Sayão Romita 79

4. Danos morais: o conceito, a banalização e a indenização

Guilherme Augusto Caputo Bastos 88

5. Dano moral nas relações de trabalho: questões controvertidas após a Emenda Constitucional nº 45

Walmir Oliveira da Costa 105

6. Atualidades sobre indenização por dano moral decorrente do acidente do trabalho

Sebastião Geraldo de Oliveira 121

7. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho

Alexandre Agra Belmonte 158

8. Controvérsias sobre o dano moral trabalhista

José Affonso Dallegrave Neto 186

9. Assédio moral organizacional

Adriane Reis de Araujo 203

SUMÁRIO

NOTAS E COMENTÁRIOS

1. Posse das ministras Maria de Assis Calsing e Dora Maria da Costa 217

JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdãos do TST 221

ÍNDICE TEMÁTICO

1. Índice da Jurisprudência do TST 327

Temática Constitucional

O JUIZ*

Rider Nogueira de Brito**

No pronunciamento que fiz na solenidade em que fui recebido no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, afirmei que o juiz é um usurpador do poder divino, pois cabe a nós, juízes, julgar outros homens. Tal afirmação deve ser recebida como uma advertência sobre a importância da função que exercemos. Se somos, como diz Bonumá, “um funcionário cujas atribuições se revestem de uma delicadeza, de uma majestade que são desconhecidas em outras funções governamentais”, não deve servir para nos “empafiar”, e sim para nos dar a consciência da responsabilidade do cargo que ocupamos. E com frequência digo que, quanto mais importante o cargo que exercemos, com mais humildade devemos exercê-lo. E para que isso aconteça devemos diariamente fazer um ato de contrição, avaliar nossas atitudes, nosso comportamento. Afinal, em cada setor da atividade humana, somos nós, os juízes, que dizemos como todos devem se comportar os empregadores frente a seus empregados, os comerciantes, os industriais, os pais, as mães, os sócios, enfim somos nós que guiamos a sociedade na qual atuamos. São as decisões dos juízes proferidas no curso dos processos que ditam o comportamento da sociedade em todos os tempos, em todos os quadrantes da terra.

Por essa razão, é absolutamente fundamental que a comunidade saiba o que pensa o seu juiz sobre todos os fatos da vida, o que nos leva a afirmar que as movimentações na titularidade das varas deixam a comunidade sem um norte, sem um rumo. O que há anos se observa, quer na Justiça Estadual quer na Federal, e em especial na Trabalhista, é um chegar e sair de juízes das localidades, o que faz com que a comunidade nunca venha a conhecer o seu juiz, a saber, o que ele pensa, enfim, a ter uma orientação, como também o juiz não conhece a sociedade em que atua. Esse problema não pode ser atribuído ao juiz, mas é um problema, e todos perdem. Especialmente com a realidade hoje por todos conhecida de que os magistrados de primeiro grau cada vez

* Palestra proferida no I Encontro Regional dos Advogados, Procuradores e Magistrados do Trabalho da Oitava Região, em Belém, no dia 06.06.2007.

** *Ministro Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.*

DOCTRINA

mais são oriundos de outras regiões geográficas e socioeconômicas, atuando, portanto, em comunidades das quais quase nada ou nada sabem sobre os seus usos e costumes, muito menos quem é quem. E isso tudo é fundamental para uma boa atuação jurisdicional. Sem conhecer a região, sem conhecer as pessoas, sem conhecer os seus costumes, é muito difícil interpretar de forma adequada os fatos que são postos nos processos. Para que isso aconteça é necessário não apenas que o juiz permaneça por tempo razoável em determinada vara, mas também que ele tenha residência e domicílio no seu local de trabalho. Isso é tão importante que essa determinação consta de norma constitucional, da LOMAN e da CLT (art. 93, VII, da CF/88; art. 35, V, da Lei Complementar nº 35, de 14.03.1979; art. 658, c, da CLT). E quando se fala de domicílio e residência, não se está pensando apenas que o juiz ocupe um apartamento de hotel ou o quarto de uma hospedaria, ou mesmo que tenha uma casa alugada naquele local, mas que ele e sua família participem efetivamente da vida da comunidade em que atua, lecionando, integrando-se nos clubes de serviço, participando da vida social, vendo e sendo visto, falando e ouvindo. Só assim saberá quem é quem na comunidade.

Nas minhas atividades como Corregedor-Geral tive conhecimento de que muitos juízes de primeiro grau passaram a adotar postura de magistrados de cortes superiores, delegando poderes para que auxiliares praticassem atos privativos de juiz, como os despachos e especialmente as sentenças. Em despachos de mero expediente até se justifica que o juiz delegue poderes para auxiliares e assistentes, mas afigura-se completamente intolerável que o juiz de primeiro grau determine a qualquer auxiliar que redija suas sentenças. Se somente o juiz tem contato com as partes e com as provas, somente ele tem condições de avaliá-las, o que é de suma importância para a sua decisão e das que futuramente, em função dos recursos, os graus superiores de jurisdição venham a proferir. Posturas de juízes de primeiro grau como se fossem membros de cortes superiores comprometem a sua atuação, a sua carreira, tornando-a, com certeza, danosa para todo o Poder Judiciário e para o destinatário dos seus atos: a sociedade.

Permitam-me usar este ambiente e este tempo para abordar um outro aspecto que diz respeito a nós juízes: o recrutamento, o ingresso na carreira da Magistratura, como deve ser feito.

Tradicionalmente o ingresso na carreira da Magistratura, no Brasil, se fez e ainda se faz por meio de concurso público de provas e títulos (art. 93 da CF/88). Por esse meio, como todos sabem, jovens bacharéis em direito submetem-se a provas escritas e provas orais perante diferentes bancas examinadoras que avaliam o conhecimento de disciplinas jurídicas. Esses jovens, recém-

saídos das faculdades de Direito e freqüentadores de cursinhos de preparação para o concurso, via de regra estão aptos para responder os quesitos sobre matérias estritamente jurídicas, nas várias disciplinas que os regulamentos dos concursos prevêm. Aprovados, nomeados, empossados, instantaneamente passam a exercer os cargos (nas justiças estaduais, na justiça federal de primeiro grau, na justiça do trabalho). Conhecimento jurídico, admito, todos têm. Preparação para o exercício das funções de magistrado, tenho dúvidas. Na realidade nenhum de nós foi submetido a qualquer tipo de preparação específica. Todos passam a atuar intuitivamente, uns se tornam muito bons magistrados, outros nem tanto e, assim, desempenham ao longo do tempo suas funções. Há algum tempo, inúmeras iniciativas dos tribunais, sob a forma de cursos de curta duração, tentam suprir a deficiência. Poucos com foco nos aspectos prático-teóricos necessários ao exercício do cargo de juiz.

Como superar o problema?

Há algumas décadas, países como França e Portugal institucionalizaram escolas para ingresso na carreira da Magistratura. Mais recentemente a Espanha enveredou pelo mesmo caminho e hoje dispõe de uma Escola em Barcelona de excelente nível. Nesses países não se faz concurso para ingresso no cargo de juiz, mas para ingresso na Escola da Magistratura. Concluído o curso, aí, sim, o candidato é nomeado para o cargo de juiz.

O juiz assim preparado, além da suplementação dos conhecimentos teóricos, passa por inúmeras experiências práticas, estagia em conglomerados econômicos, em empresas públicas, em sindicatos, em órgãos públicos, enfim, naqueles locais onde os fatos sociais e os problemas decorrentes das relações de trabalho acontecem. Por esse meio pode-se superar um dos grandes problemas dos magistrados da atualidade: a falta de vivência de mundo, de experiência de vida, que, em condições normais, só se adquire com o passar do tempo, vivendo com os embates do dia-a-dia. Essa solução possivelmente foi aventada em razão do fato de que hoje as legislações permitem que uma pessoa, mal saída da adolescência, possa ocupar um cargo de tamanha responsabilidade para qualquer sociedade, em qualquer parte do mundo. Afinal o juiz não é um cidadão qualquer, é sim aquele que irá orientar a conduta de toda a sociedade na qual exerce o seu cargo. Imagine-se, por exemplo, o enorme poder que tem um juiz de direito em qualquer das cidades de nosso País. Afirmo com freqüência que um juiz de direito em uma comarca interiorana tem praticamente o poder de vida e de morte sobre todos os cidadãos, tamanha a gama de assuntos, de problemas de que toma conhecimento e para os quais cabe ditar a solução: problemas de família, de trânsito, comerciais, sobre propriedade e posse, criminais. Problemas, problemas, problemas, até porque é da cultura da

DOCTRINA

sociedade brasileira não procurar por si só resolver os seus problemas, não procurar a autocomposição dos conflitos. As questões mais mezinhas são levadas para o juiz, havendo mesmo todo um folclore sobre os assuntos apresentados ao judiciário.

No campo das relações de trabalho, que nos diz respeito, não é diferente, tanto nos conflitos individuais quanto nos coletivos. Não há entre nós o costume do diálogo, da conversa, do entendimento. Isso faz com que tudo desemboque no Judiciário, perante um juiz. Não é por outra razão que as carreiras jurídicas são as mais procuradas, as que oferecem maiores oportunidades de trabalho e, afinal, as melhores remunerações. Vejam quantos concursos são realizados para preenchimento de cargos das carreiras jurídicas. Isso é bom para nós juizes, advogados, membros do Ministério Público, mas não é bom para a sociedade. Melhor seria, penso eu, que a sociedade brasileira fosse menos judicializada.

Mais do que o poder de impor as suas decisões, o que proporciona mais eficácia à decisão de um juiz é a sua credibilidade, é o respeito que a sociedade tem pelo seu juiz, é a certeza do cidadão jurisdicionado de que aquela decisão não é apenas a mais acorde com a lei, e sim a mais justa nas circunstâncias. Essa postura do jurisdicionado frente a seu juiz é uma decorrência natural da postura do juiz frente ao jurisdicionado, que deve ser do mais absoluto respeito. E esse respeito deve ser expresso, não apenas pela maneira como trata, mas pela sua conduta na sociedade onde atua. Na direção de uma vara todos nós, juizes, temos um grau muito elevado de liberdade de ação. À primeira vista nos parece que não devemos satisfação a ninguém, não há assinatura de ponto, não há horário a cumprir, não há jornada a obedecer. Na verdade há tudo isso, e afirmo que, quanto maior essa autonomia, maior deve ser a nossa autodisciplina. A sociedade deve saber que o seu juiz está no posto de trabalho, que faz as audiências que programa, que as partes e seus advogados podem encontrá-lo no horário de expediente. Assim agindo, sinalizará para a comunidade que não deve ser procurado naqueles momentos em que ele não é juiz, mas pai, marido, amigo, vizinho, parente, enfim, cidadão como outro qualquer, com o direito de não ser perturbado nesses momentos e nesses locais, momentos que são seus e não do jurisdicionado, porque, afinal, há tempo, momento e local para tudo. É preciso que o juiz combata em si a tentação de não estar na sua comarca ou na sua vara ou de passar por ela como gato por brasa. É preciso que se imponha o dever de estar no seu local de trabalho em todos os dias da semana, dele se ausentando somente em situações excepcionais e sempre com autorização e ciência da autoridade superior. É preciso que tenha consciência de que é juiz, juiz da sua vara, da sua comarca, e que, embora a lei permita que tenha outras atividades, como do magistério, por exemplo, não deve exercê-la

DOUTRINA

se não houver compatibilidade com o desempenho de suas funções judicantes. Nunca, mas nunca mesmo, a magistratura deve ser encarada como um “bico”. Um juiz não merece isso, muito menos a sociedade, o contribuinte que paga os seus vencimentos.

Um outro aspecto que me parece interessante destacar é o fato de que todos nós, juízes, especialmente os de primeiro grau e os que presidem órgãos colegiados, somos sempre administradores, praticamos rotineiramente atos de administração, somos responsáveis administrativos pelos órgãos que dirigimos. Logo, não deve o juiz abdicar desse ônus, não deve descurar de verificar como anda a sua vara, o que está acontecendo com a secretaria, como andam os serviços ali desenvolvidos. Observa-se que alguns juízes abstêm-se de fazer isso e essa postura é grave, pode lhe trazer futuros dissabores. Aqui mesmo, na 8ª Região, já constatamos, como por exemplo, na então JCJ de Santarém, na de Breve, na de Tucuruí, na de Macapá, problemas que exigiram a abertura de processo disciplinar e que redundaram em punições para os diretores e juízes. Costumo dizer que o exercício dos nossos cargos nos trazem bônus mas também representam ônus, que temos de assumir, que muitas vezes nos são extremamente dolorosos, mas que precisam ser assumidos em prol do interesse maior, que é o interesse público, e para que mais tarde nós mesmos não sejamos vítimas da nossa negligência, da nossa incúria, afinal, da nossa irresponsabilidade.

Se somos titulares de vara, presidentes de turmas, de seções ou de tribunal, necessariamente temos como subordinados servidores desses órgãos. É, pois, fundamental que tenhamos com todos eles um relacionamento firme e respeitoso. Aliás, respeito é sempre, como tudo na vida, uma via de mão dupla: respeita-se para ser respeitado. Se tratarmos desrespeitosamente nossos servidores, estamos certamente contribuindo para sermos desrespeitados. Firmeza não é sinônimo de truculência, de arbitrariedade.

Nesse campo do mútuo respeito, é fundamental o tratamento que devemos dispensar às partes e especialmente a seus advogados. Digo freqüentemente que nós, juízes e advogados, juízes e Ministério Público, somos irmãos siameses e não há técnica cirúrgica capaz de nos separar. Sempre e sempre caminharemos juntos, e por isso devemos ter uma convivência fraterna e respeitosa. Assim agindo todos ganhamos, e costumo dizer que isso é importante até mesmo para a autopreservação, para a manutenção da nossa saúde. Afinal em toda a nossa carreira, em qualquer grau de jurisdição estaremos necessariamente convivendo, interagindo. E não devemos perder de vista que a ética que nos impomos não é a mesma que devemos esperar dos advogados, pois eles estão no processo defendendo o interesse dos seus clientes.

DOCTRINA

Nesse viés cabe uma outra observação. Um juiz que se considerar impermeável a argumentos das partes, sem dúvida não deve ser juiz. Nós somos, sim, convencidos pelos argumentos das partes, pessoalmente expostos, e mais freqüentemente por seus advogados. Devemos, sim, admitir que, muitas vezes, os advogados nos apresentam argumentos que destroem as nossas convicções a respeito das controvérsias discutidas nos processos. Eles aprendem conosco, mas também aprendemos com eles. É da condição mais intrínseca dos advogados a postulação, o pedido. Nós os examinamos e se nos convencemos de que têm razão, devemos deferir. Simpatias ou antipatias não devem influenciar o nosso julgamento. Como cidadãos, somos iguais a todos, mas na função jurisdicional temos que fazer das fraquezas forças para demonstrar que somos capazes de atitudes e gestos superiores, e um dos mais importantes é a humildade, humildade para reconhecermos que estamos errados, humildade para dizermos que erramos, que não julgamos bem, que fomos grosseiros, que agimos com arrogância. Essas atitudes engrandecem qualquer ser humano, mais ainda um juiz.

Nós, os juízes, não somos donos da verdade nem da sabedoria. Por isso devemos ser complacentes e respeitosos naqueles casos tão freqüentes em que temos a certeza de que a parte ou seu advogado não está defendendo o bom direito. Isso deve ser dito, sem dúvida, mas sem humilhar a parte e seu advogado. Deve ser dito com respeito. Isso tudo nos ajuda a carregar o nosso pesado fardo de estarmos sempre e sempre no meio do conflito, tentando resolvê-lo, preferencialmente resolvê-lo de fato e não apenas formalmente.

Nos órgãos monocráticos os problemas maiores são com as partes e seus advogados. Raramente os temos como nossos colegas do mesmo grau de jurisdição ou com aqueles que têm por função reexaminar nossas decisões. Nos colegiados os problemas são mais freqüentes entre os próprios membros. As coisas ficam bem melhores, bem mais fáceis se atentarmos para uma verdade elementar: nos colegiados o pressuposto básico é a diversidade de entendimento, de ponto de vista. Não fora assim, não haveria razão para que esses órgãos fossem colegiados. O normal, quanto a temas novos surgidos nos processos, é que haja a salutar diferença de pontos de vista, cuja tendência natural é a acomodação, é o mútuo convencimento. Com a continuidade das discussões sobre determinado tema e a apresentação dos argumentos, a que todos nós devemos estar abertos, paulatinamente vai se construindo o consenso, e depois de certo tempo, de um bom número de julgados, afinal surge o ponto de vista da Corte. Nesse processo é preciso que tenhamos todo o cuidado de lidar com as diversidades de entendimentos, expondo nossos pontos de vista sem agressividade, sem pensar que somos os donos da verdade e da sabedoria,

DOUTRINA

prontos para ouvir e meditar, não apenas sobre os argumentos das partes recorrentes, como os dos nossos pares. Isso é necessário até mesmo para a autopreservação, além, evidentemente, de imprescindível para a manutenção de um clima de mútuo respeito entre os membros da Corte. Nisso, como em tudo na vida, repito, há uma via de mão dupla: se respeitamos nossos pares, se os tratamos com educação e consideração, normalmente recebemos igual tratamento.

Depois de formado um consenso ou fixada uma maioria consistente, então é hora de a minoria ceder para que não se passe para o jurisdicionado a ilusão de que a jurisprudência na Corte pode ser alterada. Essa sensação é uma poderosa geradora de recursos, uma estimuladora da litigiosidade, o mal maior de que sofre todo o Poder Judiciário brasileiro, fenômeno para o qual devemos estar atentos no sentido de evitá-lo. Afinal, tudo a que a sociedade aspira é a segurança jurídica no mundo dos relacionamentos pessoais, e especialmente no nosso caso, no mundo dos negócios, no das relações de trabalho.

A uniformidade de pensamento é tanto mais difícil de conseguir quanto maior ou mais numerosa for a Corte. Por isso mesmo, porque a jurisprudência nos Colegiados muito numerosos flutua, eles tendem a ser menos influentes no mundo jurídico. Costumo dizer que as Cortes não devem ser compostas por muitos juízes, porque naturalmente perdem a característica de Corte e assumem postura de assembléia. Observem que os Colegiados mais influentes do mundo e mesmo em nosso País são os compostos de poucos membros. Nesses, rapidamente se consegue o consenso, a formação de uma maioria sólida e mais ou menos permanente. Naqueles muito numerosos esse fenômeno não acontece, diria mesmo que nunca acontece e conseqüentemente têm pouca influência no mundo jurídico.

É óbvio que já estou me estendendo muito e que devo parar por aqui. E o faço agradecendo a todos a paciência com que me ouviram, reiterando a satisfação do convívio que, embora rápido, tivemos neste ambiente, que por muitos anos foi o meu, e a verdade é que ainda o considero como tal.

Tema Especial: O Dano Moral Trabalhista

ASSÉDIO MORAL

Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*

O tema objeto da nossa reflexão é vasto, polêmico, interdisciplinar e carente de legislação de regência. A doutrina e a jurisprudência são as fontes de estudo e pesquisa disponíveis, além de projetos de lei tendentes a regulamentar o instituto.

Está presente nos mais diversos setores de atividade e especialmente na última década passou a constituir preocupação, pela frequência com que ocorre, da sociedade e do Estado.

1 – ORIGEM

A figura jurídica é recente. Sua origem remonta a estudos realizados pela etologia, psiquiatria e psicologia, como informam, em exaustiva monografia sobre o tema, os Professores chilenos Sergio Gamonal Contreras e Pamela Prado López, referindo, como marco relevante, estudos realizados pelo psiquiatra alemão, residente na Suécia, Heinz Leymann, especialmente nos anos oitenta, por meio dos quais “descreveu e analisou os distintos comportamentos hostis que se apresentam nas organizações, particularmente nas relações de trabalho e mais especificamente ainda na empresa em relação a seus empregados”. As características que hoje são utilizadas na configuração do assédio moral remontam aos estudos de Leymann, que identifica mais de quarenta e cinco comportamentos: “estes comportamentos devem ser sistemáticos – ao menos uma vez por semana – e com uma certa duração de tempo – deveriam prolongar-se, ao menos, por seis meses”¹.

* *Ministra do Tribunal Superior do Trabalho e Presidente Honorária da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

1 *Apud Gamonal, 2006, p. 9, tradução livre.*

2 – CONCEITO

Marie France Hirigoyen conceitua o assédio moral como “toda conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atenta, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, colocando em perigo seu emprego ou degradando seu ambiente de trabalho”.²

Sergio Gamonal e Pamela Prado definem o assédio moral como sendo o “processo constituído por um conjunto de ações ou omissões, no âmbito das relações de trabalho públicas e privadas, em virtude do qual um ou mais sujeitos assediadores criam um ambiente laboral hostil e intimidatório em relação a um ou mais assediados, afetando gravemente sua dignidade pessoal e causando danos à saúde dos afetados com vistas a obter distintos fins de tipo persecutório”.³

Márcia Novaes Guedes, em preciosa monografia, define os seus contornos, identificando “dois aspectos essenciais: a regularidade dos ataques – trata-se de uma violência sistemática e que dura um certo tempo – e a determinação de desestabilizar emocionalmente a vítima para obrigá-la a se afastar do trabalho”.⁴

A amplitude das hipóteses possíveis de serem enquadradas como assédio moral dificulta a precisão conceitual, desde que pode alcançar situações de ressentimento justificado que acabam por desestabilizar emocionalmente o trabalhador em decorrência da continuidade de procedimento incômodo e injustificado causador do constrangimento no ambiente de trabalho.

3 – NATUREZA JURÍDICA

A teoria do assédio moral tem assento no princípio da dignidade da pessoa humana, que, no Brasil, constitui fundamento da República, como prevê o art. 1º, inciso III, da Constituição. Decorre também do direito à saúde, mais especificamente, à saúde mental, abrangida na proteção conferida pelo art. 6º e o direito à honra, previsto no art. 5º, inciso X, ambos da Carta Magna.

2 *Apud* Gamonal, 2006, p. 12, tradução livre.

3 Gamonal, 2006, p. 23, tradução livre.

4 Guedes, 2005, p. 35.

DOCTRINA

A prática do assédio moral vulnera direitos humanos fundamentais da vítima e esse é o prisma que propomos para o exame da questão.

Bem acentua Sergio Gamonal que “a violação de um direito fundamental trará como consequência que a vítima sofra danos de distinta índole – moral e patrimonial – o que nos situará no âmbito da responsabilidade civil resultante do assédio moral”⁵.

O exame deste tema conduz a uma reflexão que encontra amparo em estudo do Professor Canaris, catedrático da Universidade de Munique, e que na obra *Direitos Fundamentais e Direito Privado* sustenta a constitucionalização do direito privado e que esta constitucionalização não é um fenômeno exclusivamente alemão. Pensamos que se identifica de forma muito visível na substância do tema do assédio moral e da correspondente obrigação de indenizar o dano moral. Por quê? Porque esse estudo passa pela questão da influência dos direitos fundamentais sobre a legislação do direito privado. São princípios constitucionais que estão dando sustentação e fundamento à reparação pela sua ocorrência. Nesta perspectiva, constitui imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja vinculada aos direitos fundamentais e segundo o princípio da primazia da Lei Superior. As normas do direito privado representam, simultaneamente, uma intervenção nos direitos fundamentais; garantia de proteção dos direitos fundamentais e, assim, concretização de direitos fundamentais.

Aqueles direitos fundamentais que vigoram imediatamente em face das normas do direito privado devem ser considerados normativamente, portanto, deontologicamente. E neles fundamentam-se as pretensões que estamos aqui a examinar, fundadas nos princípios constitucionais, como o da dignidade da pessoa humana, da própria segurança jurídica que impõe se faça uma interpretação que conduza à coerência na aplicação do Direito, exatamente porque são princípios constitucionais inclusive de equidade e de justiça que estão a dar substrato a esse direito.

A premissa considerada é que apesar da natureza normativa que envolve a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais, a matéria não tem se feito acompanhar de um estudo teórico correspondente aos seus significado e equacionamento constitucional, porque a falta de compreensão de seu conteúdo vem propiciando a prevalência de critérios subjetivos e valorativos do julgador na aplicação do direito nessas situações. E isto vem propiciando que se retire e

5 Gamonal, 2006, p. 29.

DOCTRINA

ignore a imperatividade do próprio princípio, como veremos logo adiante ao tratarmos do tema da indenização.

O assédio moral é um ato ilícito civil, que ocorre no mundo do trabalho, gerando, em consequência, o dever de reparação do dano causado, de natureza extrapatrimonial, desde que identificada a responsabilidade do empregador.

Pode constituir também um ilícito penal, desde que a legislação especial assim o tipifique, como é o caso da França.

O dano moral gerado pela prática do assédio tem natureza imaterial e, por isso mesmo, é compensado com o pagamento, não de uma indenização, no sentido literal, mas de uma reparação pecuniária que objetiva atenuar os prejuízos decorrentes da lesão a uma esfera que não é patrimonial, que é personalíssima da pessoa e que atinge, ou pode atingir, direitos da personalidade como está na Constituição: à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem, à saúde, à própria dignidade da pessoa humana e a sua integridade física e moral. E secundariamente co-substancia um desestímulo à prática de condutas lesivas dessa natureza. O pagamento tem a natureza jurídica, portanto, de sanção pela prática de um ato ilícito.

O que gera a obrigação de indenizar é a prática do ato ilícito que provocou o dano moral, freqüentemente acompanhado também de um dano material, daí a concomitância das duas indenizações via de regra.

Os atos ilícitos que com mais freqüência têm gerado litígios e que, portanto, têm se submetido ao exame dos tribunais, decorrem de danos resultantes de acidentes do trabalho. O acidente de trabalho tem assento na lei ordinária e na Constituição da República, no art. 7º, XXVIII, e gera o dever de indenizar sempre que o empregador agir com dolo ou culpa. Temos também os danos morais que decorrem da relação de trabalho *lato sensu* e que mesmo antes da Emenda 45 estavam submetidos à Justiça do Trabalho, assim, v.g. decorrentes de revistas íntimas, atos isolados que afetam o patrimônio imaterial, divulgação pela imprensa de despedidas decorrentes de problemas administrativos, negligência, baixa avaliação de desempenho dos empregados. Isso no plano do direito individual e que têm assento em princípios constitucionais. E, mais recentemente, temos as hipóteses de assédio moral, em números, talvez, equiparadas aos litígios decorrentes de acidentes de trabalho. Por quê? Porque o assédio moral, que é um fenômeno recente, identificado na década de 80, como visto, ganhou o mundo e a progressão de ações judiciais e de recursos, nos Tribunais Regionais e no Tribunal Superior do Trabalho; geométrica, se considerarmos que tiveram início as discussões e os litígios decorrentes da prática de assédio moral, pelo menos nos Tribunais, no ano de 2001.

DOUTRINA

A reflexão que coloco neste momento é que tivemos positivado no Brasil o tema da indenização do dano moral apenas com a Constituição de 1988, que assegurou o direito especificamente ao dano moral que decorresse de um ato ilícito especificado. O Código Civil de 2002, com base no que estava previsto já na Constituição, atualizou a previsão normativa do código anterior e também inseriu especificamente no art. 186 o dano moral, enquadrando-o como ato lícito.

É necessário, em nome do princípio da segurança jurídica que também é um princípio fundamental, seja ele efetivamente implementado, que o Poder Judiciário tome decisões que satisfaçam a um só tempo a exigência de segurança jurídica, de certeza do Direito de justiça e de equidade.

4 – DIREITO COMPARADO

O Parlamento da União Européia adotou Resolução, em 2001, instando os Estados membros a prestar atenção ao problema do assédio moral no local de trabalho e a considerá-lo nas respectivas legislações nacionais, considerando que, à época, 8% dos empregados da União Européia afirmavam ter sido vítimas de assédio moral no local de trabalho, nos últimos doze meses. O item 10, da Resolução A5-0283/2001 dispõe:

“10. Pede aos Estados membros que, com vistas a lutar contra o assédio moral e assédio sexual no lugar de trabalho, revisem a legislação existente e a complementem, assim como examinem a definição de assédio moral e elaborem uma definição uniforme.”

Na Espanha, na Itália e na Alemanha não há disciplina legal específica do assédio moral laboral. A jurisprudência é que vem dando resposta às questões.

Na França, a denominada Lei de Modernização Social, de 17 de janeiro de 2002, alterada por lei de 3 de janeiro de 2003, disciplinou o assédio moral, individual e coletivo, tipificado como crime, no artigo 122-49 do Código Penal, sujeito à sanção de prisão e multa.

Na Suécia, a Lei Básica de Prevenção de Riscos, de 1993, contém normas em especial de prevenção ao assédio moral.

Na Grã-Bretanha, Ato de 1997 disciplina a conduta prevendo, inclusive, pena de prisão até seis meses e multa.

Na Argentina não há legislação federal sobre o tema, mas legislação provincial.

No Chile não está tipificado o assédio moral.

5 – DISCIPLINA DO ASSÉDIO MORAL

No Brasil, não há previsão em lei federal acerca do assédio moral. Há, pelo menos, 11 (onze) projetos de lei atualmente tramitando no Congresso Nacional sobre o tema. Entre eles, destacam-se os seguintes: a) Projeto de lei federal nº 5.970/2001 (introduz disposições aos arts. 483 e 484 da CLT); b) Projeto de lei federal nº 2.593/2003 (introduz alíneas ao art. 483, da CLT); c) Projeto de lei federal nº 2.369/2003 (define, proíbe o assédio moral, impõe dever de indenizar e estabelece medidas preventivas e multas); d) Projeto de lei federal nº 5.887/2001 (tipifica como crime a conduta enquadrada como assédio moral, introduzindo alínea “A” ao art. 146 do Código Penal, impondo pena de detenção de três meses a um ano e multa); e) Projeto de lei federal nº 4.742/2001 (também introduz o tipo no Código Penal); f) Projeto de lei federal nº 4.591/2001 (introduz alterações na Lei nº 8.112/1990, proibindo aos servidores públicos a prática de assédio moral contra seus subordinados, com a fixação de penalidades disciplinares).

No âmbito municipal, há leis coibindo a prática do assédio moral, aplicáveis aos servidores da administração pública local, como é o caso de São Paulo, Campinas, Iracemápolis e Guarulhos, no Estado de São Paulo, e de Natal (RN). No plano estadual, a Lei nº 3.921/2002, do Rio de Janeiro, proíbe, no âmbito dos três Poderes do Estado, da administração direta, autárquica, fundacional, e indireta, o exercício de qualquer atitude ou postura que se possa caracterizar como assédio moral no trabalho.

No plano infralegal, o Decreto nº 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social), em seu Anexo II, considera como agente etiológico ou fator de risco de natureza ocupacional condições difíceis de trabalho e o desacordo com patrão ou colegas de trabalho, o que pode vir a caracterizar, para fins previdenciários, doença ou acidente do trabalho que devem ser combatidos pela empresa, com a utilização dos meios para a adoção das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador; cumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho; prestação de informações pormenorizadas, às autoridades competentes, dos riscos da operação a executar e do produto a manipular; bem como se sujeitar à fiscalização do Ministério da Previdência e Assistência Social e dos sindicatos obreiros, nos termos do art. 19, parágrafos, e seguintes, da Lei nº 8.213/1991. É possível inserir, na previsão legal, hipóteses de assédio moral.

Destaca-se a existência de cláusulas em convenções e acordos coletivos de trabalho dispendo sobre prevenção à prática de assédio moral nas dependências das empresas.

DOUTRINA

No direito comparado, também, a ausência de disciplina legal não tem impedido a jurisprudência de, com fundamento nos princípios constitucionais e normas gerais, enquadrar como assédio moral condutas da natureza da que aqui estamos a tratar, impondo as punições correspondentes.

6 – CARACTERÍSTICAS

O assédio moral diz respeito a um tipo específico de dano ao patrimônio moral. É uma a) violência pessoal; b) necessariamente moral e psicológica; c) multilateral (pode ser *horizontal*: entre colegas de mesma hierarquia; *vertical descendente*: do superior hierárquico ao seu subordinado; ou mesmo *vertical ascendente*: que parte do grupo subordinado e se dirige ao seu superior direto); d) individual ou coletivamente sentida.

Encontra, na doutrina internacional, expressões sinônimas: “mobbing”, “harcèlement”, “bullying”, “harassment”, “whistleblowers”, “bossing”. Em português, também, terror psicológico.

Tem caráter interdisciplinar: envolve as áreas da psicologia, medicina, medicina do trabalho, administração de empresas e outras afins.

O assédio moral se configura pela insistência impertinente, com propostas, perguntas ou pretensões indevidas. Resulta de um conjunto de atos, *não perceptíveis pelo lesado como importantes em um primeiro momento*, mas que, na seqüência, unidos, destinam-se a expor a vítima a *situações incômodas, humilhantes e constrangedoras*. Identifica-se na ocorrência de comportamentos comissivos ou omissivos que humilham, constrangem e desestabilizam o trabalhador, afetam a auto-estima e a própria segurança psicológica, causando estresse ou outras enfermidades.

São exemplos de procedimentos omissivos: a) a indiferença em relação ao outro; b) ignorar a vítima; c) atitudes de desprezo; d) silêncio. E de atos concretos: a) rigor excessivo no trato com o trabalhador; b) exigência de cumprimento de tarefas desnecessárias ou exorbitantes; c) tratamento desrespeitoso, humilhante; d) imposição de isolamento ao empregado; e) ausência de atribuição de serviços, inação compulsória; f) constranger, ameaçar; g) expor, a terceiros, a intimidade da vítima; h) cercear o exercício de mister habitual; i) restringir a atuação profissional; j) impor jogo de prendas, que resultam em exposição ao ridículo; entre tantas outras modalidades.

Tem por finalidade: a) desestimular; b) desacreditar; c) deprimir; d) isolar; e) fragilizar a auto-estima do assediado. No âmbito do Direito do Trabalho,

DOCTRINA

tais fins se dirigem, na maior parte das vezes, à extinção do contrato de trabalho por iniciativa do trabalhador.

A médica do Trabalho Margarida Barreto informa que “42% dos trabalhadores são vítimas de assédio nas empresas”.⁶ Levantamento da OIT, no mesmo sentido, foi realizado no ano de 2000.

7 – ASSÉDIO MORAL X ASSÉDIO SEXUAL

São figuras afins que, entretanto, não se confundem. No assédio sexual, a violência tem direção *vertical* e sentido *descendente*, ou seja, ocorre no âmbito de uma relação de sujeição hierárquica, onde a subordinação jurídica é utilizada como instrumento de obtenção de favores de ordem sexual. Nesse contexto, o assédio sexual é de mais fácil percepção e combate do que o assédio moral.

O assédio sexual foi tipificado como crime, pela Lei nº 10.224/2001, que acresceu o item A ao art. 216 do Código Penal:

“Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua *condição de superior hierárquico ou ascendência* inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.”

Marie France Hirigoyen observa que o percentual de mulheres submetidas ao assédio moral é muito superior ao dos homens, divisando-se nas ocorrências uma conotação sexual.⁷

8 – A VISÃO DA JURISPRUDÊNCIA

O assédio moral individual

O julgado comumente indicado como o *leading case* da matéria no Brasil é oriundo do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região – com jurisdição no Estado do Espírito Santo –, que classifica e enquadra como assédio moral as perseguições sofridas por um técnico do setor de publicidade e propaganda. Eis a ementa:

6 In Jornal do Commercio de 29/05/2006.

7 Apud Gamonal, 2006, p. 37-38.

“ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A tortura psicológica, destinada a golpear a auto-estima do empregado, visando forçar sua demissão ou apressar sua dispensa através de métodos que resultem em sobrecarregar o empregado de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações e fingir que não o vê, resultam em assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, eis que minam a saúde física e mental da vítima e corrói a sua auto-estima. No caso dos autos, o assédio foi além, porque a empresa transformou o contrato de atividade em contrato de inação, quebrando o caráter sinalagmático do contrato de trabalho, e por consequência, descumprindo a sua principal obrigação que é a de fornecer trabalho, fonte de dignidade do empregado.” (TRT 17ª R., RO nº 1315.2000.00.17.00.1, Ac. nº 2.276/2001, Rel. Juíza Sônia das Dores Dionizio, DJ de 20.08.2002, publicado na *Revista LTr* 66-10/1237)

Na petição inicial da reclamação trabalhista que ensejou referido julgado, o reclamante pediu, entre outros, a indenização por danos morais em virtude de “perseguições de natureza ideológica”. Do exame do acórdão depreende-se que fora preterido numa promoção, reagiu e se desentendeu com um colega, que recebeu a promoção, sem contar a animosidade gerada com o gerente. Desde então, o gerente anunciou, em reunião para os demais empregados, que o reclamante estava proibido de entrar na biblioteca (local onde realizava suas atividades); com o quê, por cerca de dois meses, ficou o reclamante sem receber trabalho, obrigado a ocupar uma escada interna do prédio, local que foi denominado pelos colegas de “gabinete do Harald” – prenome do reclamante – segundo uma testemunha.

Destaca-se o seguinte acórdão do TRT da 3ª Região (jurisdição no Estado de Minas Gerais), relatado pela Juíza e Professora Alice Monteiro de Barros, pela abordagem teórica e analítica da figura em estudo:

“ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. O termo ‘assédio moral’ foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e Escandinávia), *harcèlement moral* (França), *acoso moral* (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como ‘a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemá-

tica e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego' (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada *Mobbing: Emotional Abuse in The American Work Place*). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão." (TRT-RO-01292-2003-057-03-00-3, 2ª T., Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ 11.08.2004)

A ementa abaixo refere hipótese, julgada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, em que o dano moral configurou-se pela despedida decorrente de recusa do empregado em aderir ao Plano de Desligamento Voluntário:

“ASSÉDIO MORAL. ADESÃO PDV. DANO MORAL CONFIGURADO. Adesão ao PDV deve ser espontânea, de acordo com a conveniência do trabalhador, livre de pressão. O reclamante não aderiu ao PDV, tendo sido colocado em ‘licença remunerada’, por trinta dias, prorrogada sucessivamente até culminar com o desligamento imotivado. Nesse ínterim, recebeu vários ‘convites’ a aderir ao Plano. Evidente que a licença, palestras, cartilhas, ‘Disque – PDV’, demonstrativo das verbas, formulários de inscrição etc., tinham o propósito de ‘convencer’ o reclamante a aderir ao PDV. No entanto, desses expedientes, mais o contexto da prova oral coligida, infere-se atitudes que extrapolam a mera divulgação e ciência ao pessoal do programa demissional. O *modus*

DOCTRINA

operandi desse ‘processo de convencimento’ transcende aspectos informacionais, enveredando-se pela seara da pressão psicológica, do assédio moral, com a finalidade de obter ilicitamente a adesão ao PDV, mormente quando o intento não é conseguido, o ferroviário acaba sendo descartado, como se fosse ‘um dormente de trilhos’. Dano moral configurado. Sentença mantida” (TRT-RO-02170-2003-001-15-00-4, Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini, DJ 16.09.2005)

Do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, com jurisdição no Estado do Rio Grande do Sul, vale mencionar julgado que confirmou a condenação em reparação por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Na ação, o Reclamante, empregado do Banco Reclamado por 23 anos, após lesão em sua coluna vertebral que reduziu sua produtividade, foi submetido a processo de contínua degradação moral e esvaziamento de suas atribuições. A situação se agravou após o ajuizamento, pelo Reclamante – ainda no curso do contrato de trabalho – de Reclamação Trabalhista na qual pretendia o pagamento de horas extras, ao final julgada procedente. Restou comprovado que, após a ação judicial, houve tratamento explicitamente discriminatório, ao fundamento de quebra da fidedignidade pelo exercício da ação. Foram reconhecidos o tratamento discriminatório e a inação compulsória. Eis a ementa, onde se buscou definir a dosimetria da indenização:

“REPARAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A indenização por dano moral, segundo remansosa doutrina e jurisprudência, deve observar a noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e o valor a ser pago, o qual deve ser suficiente não só para amenização do dano direto, mas de todas as suas conseqüências, além de ostentar o caráter punitivo, indissociável da indenização por dano moral, que tem por finalidade evitar que o empregador continue a cometer excessos no gerenciamento do negócio a ponto de fazer passar pelos mesmos constrangimentos os demais empregados sob o manto da impunidade.” (TRT-RO-00612-2005-471-04-00-3, 4ª T., Rel. Juiz Milton Varela Dutra, DJ 31.05.2006).

O julgado a seguir transcrito revela hipótese em que foi sugerido ao empregado ser ele portador de doença mental:

“ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS DELEDECORRENTES. Quando o empregador obriga o seu empregado a submeter-se a exame psiquiátrico além do regular e periódico, sugerindo que ele seja portador de doença mental, acatando indicação do superior hierárquico motivada na suspeita de um comportamento ‘arredio e calado’

DOCTRINA

que é atribuído ao obreiro, este empregador ultrapassa os limites de atuação do seu poder diretivo para atingir a dignidade e a integridade física e psíquica do empregado. A função natural da realização de exames médicos pelo empregado tem por objetivo salvaguardar a sua saúde, em cumprimento às normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador instituídas na CLT. Nesse compasso, a indicação de exame psiquiátrico extraordinário consiste em ato desviado da sua função natural, que excede manifestamente os limites traçados pela boa-fé, pelos costumes e pela finalidade social para se transformar em instrumento cujo propósito é de degradar o ambiente de trabalho e criar embaraços para a execução normal do contrato, tornando o ato abusivo e, portanto, ilícito. O exercício abusivo do direito e o conseqüente ato ilícito em questão caracterizam o assédio moral, também denominado *mobbing* ou *bullying*, e enseja justa reparação da lesão dele decorrente, que vai atuar como lenitivo dos sentimentos de indignação e angústia suportados pelo ofendido.” (TRT-RO-00227-2004-020-03-00-5, Rel. Juíza Taísa Maria Macena de Lima, DJ 07.08.2004)

A análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho sobre a matéria autoriza algumas conclusões, como segue.

O tema do assédio moral, embora ainda recente, já foi examinado em decisões pela quase totalidade dos Tribunais Regionais nacionais. Os primeiros acórdãos são datados de 2003. Em 2005 já se verifica um substancial aumento em relação a 2004, confirmado pelos julgamentos ocorridos no ano de 2006 e em 2007.

Já foram julgados centenas de casos versando sobre assédio moral pelos Tribunais Regionais do Trabalho. Os mais solicitados à análise desse tipo de pedido foram os das Regiões Sul e Sudeste.

Os fatos mais recorrentes são a inação compulsória, humilhações verbais por parte de superiores – inclusive pela utilização de palavras de baixo calão –, coações psicológicas com a finalidade de adesão do empregado a PDV ou à demissão, atribuição de tarefas estranhas ou incompatíveis com o cargo ou com o tempo em que são exigidas, divulgação de comentários maliciosos visando a subestimar esforços, com prejuízos à saúde mental do trabalhador. A regularidade dos atos punitivos deve se prolongar no tempo.

Os valores são altos. Há caso de R\$ 3.500,00 para uma relação que durou 25 dias. Há outro de R\$ 70.000,00, para contrato mais longo, como de 8 anos. Na maior parte dos casos a condenação varia de R\$ 10.000,00 a R\$ 30.000,00. Os valores são arbitrados, não havendo a construção de relação entre a remuneração do empregado e o montante da reparação. Outros critérios

são mais utilizados, como o tempo de serviço do trabalhador, a gravidade da ofensa, a capacidade econômica do empregador e o montante do dano causado.

A participação do Tribunal Superior do Trabalho na formação de jurisprudência sobre a matéria ainda é tímida. Destacam-se os seguintes arestos:

“DANO MORAL. VALOR E CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. A lacuna legislativa na seara laboral quanto aos critérios para fixação da indenização leva o julgador a lançar mão do princípio da razoabilidade, cujo corolário é o princípio da proporcionalidade, pelo qual se estabelece a relação de equivalência entre a gravidade da lesão à imagem e à honra e o valor monetário da indenização imposta. 2. Na hipótese, a lesão sofrida pelo Reclamante não se concretizou em ato isolado do Empregador, mas em alteração gradual no tratamento dispensado ao Obreiro no exercício de suas atividades laborais, após o ajuizamento de ação trabalhista e da rejeição do acordo proposto pelos Demandados. O comportamento do Reclamado, no sentido de afastar o Empregado de sua área de trabalho, limitando o seu espaço físico, e de repassar suas atividades a outros funcionários, visava claramente a sua desmoralização profissional, a fim de que fosse impelido a solicitar a dispensa do emprego, o que fere a dignidade do trabalhador, caracterizando o assédio moral. 3. Contudo, sopesando os elementos que caracterizaram o caso concreto e tendo em vista que o Reclamante permaneceu recebendo os salários durante todo o período em que foi submetido ao constrangimento pelo Reclamado, verifica-se que a imposição da indenização equivalente a R\$ 100.000,00 extrapola o princípio da proporcionalidade entre pena e falta. 4. Assim sendo, é de se dar provimento ao recurso de revista patronal, para reduzir a indenização por dano moral a R\$ 50.000,00. - Recurso de revista conhecido em parte e provido.” (TST-RR-122/2001-036-12-00.0, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, DJ 10.03.2006)

“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR. O cerne da questão reside na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados pelo superior hierárquico. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade, que no caso dos autos são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato denuncia excessivo abuso do poder diretivo do empregador, expondo o empregado à vexatória perante funcionários da empresa, em comprometimento da dignidade e

DOCTRINA

intimidade do indivíduo, motivo pelo qual reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao art. 159 do Código Civil. - Recurso não conhecido.” (TST-RR-253/2003-003-03-00.7, 4ª T., Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.04.2005)

“VENDEDOR. DANOS MORAIS. SUBMISSÃO A PRENDAS DECORRENTES DO NÃO-ATINGIMENTO DAS METAS DE VENDA. OFENSA À HONRA E À IMAGEM CARACTERIZADA. 1. A instância ordinária assentou que os empregados da Ré, entre eles o Reclamante, estavam submetidos a prendas se não atingissem as metas de venda. Registrou que essas prendas abrangiam flexões, corridas e uso do capacete de morcego, tendo a testemunha confirmado a participação do Autor. O Tribunal Regional consignou, ainda, que a condição vexatória decorria de criação dos próprios empregados. 2. Na espécie, verifica-se a presença de todos os elementos hábeis a justificar a punição da Reclamada. Sublinhe-se, de início, a presença dos elementos conduta e nexos causal, considerando-se o prisma objetivo, e da culpa, tomando-se o aspecto subjetivo. De fato, constata-se dos autos e do quadro fático delineado no acórdão recorrido a realização de prendas pelos empregados conduta, do que emanaria, segundo a tese do Autor, o prejuízo que pretende ver indenizado nexos causal. 3. Com relação à culpa da Reclamada, à luz da teoria do risco, o dano causado pelo empregado, desde que verificado no exercício das funções que lhe foram confiadas, é de responsabilidade do empregador, independentemente de qualquer inquirição sobre a culpa deste último. - Trata-se de hipótese de responsabilização objetiva por ato de terceiro. 4. Finalmente, restou caracterizada a ofensa à honra e à imagem do Reclamante. Com efeito, as prendas eram realizadas perante os demais empregados e decorriam do não-cumprimento das metas de venda. O Empregado era, assim, em face de seu desempenho no trabalho, submetido a situação constrangedora e vexatória em relação aos demais colegas, havendo nítida violação a seu patrimônio moral. 5. Evidenciado o dano moral, tem jus o Reclamante à indenização respectiva, a teor do art. 5º, X, da Constituição.” (TST, RR-328/2004-055-03-00.0, 3ª T., Rel. Min. Maria Cristina Iriyoyen Peduzzi, DJU 13.10.2006)

9 – DANO MORAL COLETIVO

O Professor Arion Sayão Romita acentua que “no dano moral coletivo, o sujeito passivo atingido é uma coletividade. E a reparação deve revestir a

DOCTRINA

mesma característica, revertendo a favor da coletividade cujos sentimentos foram afetados”. Acentua que “o dano moral coletivo tanto pode afetar o interesse dos indivíduos considerados como membros do grupo quanto o direito cujo titular seja o próprio grupo. Neste sentido, a Lei nº 7.347, de 1985, que regula a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento de dano moral coletivo, ao incluir, no art. 1º, IV, a referência a responsabilidade por danos morais e coletivos causados ‘a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’.” Finaliza: “pode-se, então, entender por dano moral coletivo aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal”.⁸

Cláudia Rolli e Fátima Fernandes informam que em 2006 o Ministério Público do Trabalho abriu 337 investigações (mais do dobro das instauradas em 2005) para apurar casos de assédio moral. E, nos últimos 11 meses do ano, ajuizou 10 (dez) ações civis públicas em São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul pedindo reparação por danos dessa natureza causados a trabalhadores.⁹

O Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, com jurisdição no Rio Grande do Norte, no julgamento de Recurso Ordinário interposto em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho, condenou a Ré a pagar indenização no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) por dano moral coletivo, decorrente de assédio moral praticado contra empregados que não obtinham ou não atingiam as cotas de vendas estabelecidas pela empresa (eram constrangidos a receber e ouvir insultos, pagar flexões de braço, dançar na “boquinha da garrafa”, assistir a reuniões em pé, desenhar caricaturas no quadro, fantasiar-se e outras “prendas”), a reverter ao Fundo de Amparo do Trabalhador.¹⁰

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, nos autos do RO 00245-2004-811-10-00-3, dadas as degradantes condições em que se encontravam os trabalhadores, e considerando violados os direitos humanos, julgou procedente ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho e condenou

8 Romita, Arion Sayão, XIV Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, 29/04/2007, Natal/RN.

9 Rolli, Folha de São Paulo, 2006.

10 In Órgão Informativo do TRT da 21ª Região, 2006.

DOCTRINA

o Reclamado ao pagamento de indenização no valor de R\$ 30.000,00 a ser revertida ao FAT, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/1985 e art. 100, parágrafo único da Lei nº 8.078/1990.

Já a Primeira Vara de Paulínia em sentença foi condenou a pagar 2 milhões de reais por dano moral coletivo, porque a empresa não autorizava, ou proibia por resolução, o afastamento de empregados acidentados do trabalho.

O Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em acórdão da lavra do Juiz Georgenor de Sousa Franco Filho, admitiu a ocorrência de dano moral coletivo, desde que, “caracterizado o trabalho forçado, é evidente o dano moral coletivamente considerado, que vulnera o respeito indispensável a que todo o ser humano tem direito”. Os fatos evidenciavam a existência de dívidas, exploração financeira, dificuldade de acesso ao local de trabalho. Os trabalhadores não poderiam afastar-se ou parar de trabalhar enquanto não acabassem o serviço ou pagassem as dívidas, configurando-se o que, na linguagem da Amazônia, se denomina aviamento, pelo qual se cria um vínculo de dependência econômica em que o trabalhador jamais paga a dívida e se transforma numa espécie de servo. Afirmo o julgado que “a prática do trabalho forçado viola um dos mais importantes fundamentos da República Federativa do Brasil, qual o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição)” (in Revista LTr, vol. 69, nov. de 2006, p. 1388-1391).

10 – REPARAÇÕES DEVIDAS

10.1. Rescisão indireta: em qualquer hipótese de terror psicológico, caberá, nos termos do art. 483, principalmente pelas alíneas *a*, *b*, *e* e *g*, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o pleito de que reste caracterizada a rescisão indireta do contrato de trabalho, com as conseqüências previstas pela legislação trabalhista: saldo de salário, aviso prévio, férias vencidas e proporcionais, o adicional de 1/3, os depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a multa fundiária de 40%, a gratificação natalina, como se o contrato de trabalho tivesse sido extinto sem justa causa.

Há de se considerar também a possibilidade de a nulidade absoluta do ato de dispensa gerar direito à reintegração, fundada na garantia constitucional da não discriminação, que tem ensejado outras hipóteses de reintegração, como é o caso dos aidéticos, grevistas etc.

10.2. Indenização por danos morais: conseqüência do reconhecimento do assédio moral é a condenação do agressor em reparação por danos morais.

DOUTRINA

A Emenda Constitucional nº 45/2004 dispôs expressamente, no art. 114, inciso VI, que “compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. No mesmo sentido, dispõe a Súmula nº 736, do Supremo Tribunal Federal.

Até a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, a orientação jurisprudencial assentava-se na impossibilidade de ressarcimento do dano moral. O advento da Carta Magna estabeleceu, entre os direitos fundamentais, a indenização por dano moral, encerrando as discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre sua existência. Nesse sentido, observe-se o disposto no art. 5º, incisos V e X, da Constituição:

“V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Com base no entendimento de que o dano moral se configura com a caracterização do ato ilícito, o Código Civil de 2002 buscou atualizar a previsão normativa sobre o assunto. Por força do art. 186, o dano, ainda que exclusivamente moral, recebeu previsão expressa:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Na esfera trabalhista, a reparação dos danos morais visa à proteção da *dignidade* do trabalhador. Tem plena aplicação o disposto no art. 932, III, CCB: “São também responsáveis pela reparação civil: (...) o empregador ou comitente, por seus empregados, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”.

Essa disposição justifica a responsabilização do empregador por atos causados por seus prepostos aos empregados, atribuindo-lhe a obrigação direta de indenizar.

Atualmente, a jurisprudência e a doutrina são uníssonas em admitir a indenização por dano moral na esfera trabalhista. Questão mais complexa, no entanto, diz respeito à fixação do *quantum* indenizatório decorrente do dano moral.

O arbitramento do dano moral, pelas próprias circunstâncias que o definem, tem ocorrido de forma preponderantemente subjetiva, como já

DOCTRINA

referido, segundo critérios de justiça e equidade, ainda que, em cada situação específica, seja dada ao magistrado a oportunidade de fixar parâmetros à apreciação do dano sofrido.

A indenização tem o escopo de, por um lado, compensar a vítima pelo dano moral decorrente e, por outro, punir o infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia. A fixação desse valor realiza-se via critério estimativo, segundo a prudente discricionariedade do magistrado, apurando-se o *quantum* indenizatório com base nas “possibilidades do lesante” e nas “condições do lesado”.

E este é o problema que identificamos como centro da nossa reflexão, que é: os Juízes adotam para fixar as indenizações por danos morais critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, entre a lesão ao Direito, de ordem imaterial, sofrida e os seus efeitos patrimoniais. Considera-se o tamanho da dor, do sofrimento, da humilhação, o grau de culpa do lesante, a sua condição econômica de suportar o pagamento, o tempo de serviço do empregado. Os juízes estão considerando valores e não princípios, e nessa perspectiva estão adotando como critério de interpretação e de aplicação subsequente da norma jurídica a teoria do balanceamento dos princípios.

É necessário que a segurança jurídica, princípio fundamental, seja efetivamente implementado, que o Poder Judiciário tome decisões que satisfaçam a um só tempo a exigência de segurança jurídica, de certeza do Direito, de justiça e equidade. A argumentação valorativa que vem sendo adotada parece inadequada. A teoria do balanceamento dos princípios, desenvolvida na Alemanha por Robert Alexy, que vem sendo aplicada, requer a adoção de um metaprincípio que regula como se desenvolve a coesão entre os demais princípios. Esse metaprincípio, que é o da proporcionalidade, está presidindo o tema da fixação das indenizações. Com frequência se invoca o princípio da proporcionalidade que se divide em três outros subprincípios, o da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. E qual é o grande problema da teoria do balanceamento? É que os argumentos que são utilizados para priorizar um princípio ou outro princípio são individuais, são subjetivos, eles dizem com o pensamento do Juiz, de modo que a decisão para que lado a balança vai pesar depende do pronunciamento da pessoa que vai julgar, e isso me parece inadmissível num sistema jurídico em que se pretende uma aplicação íntegra e coerente do Direito. A adoção da argumentação valorativa contém elementos de conteúdo individualizante que podem retirar a importância histórica e institucional do princípio que ampara a pretensão reparatória assim como a sua própria normatividade.

DOUTRINA

O que o Magistrado deve postular e buscar ao interpretar e aplicar o Direito? A coerência, ele deve levar em consideração a *história da comunidade*, que revela os princípios constitucionais, o que garante a compreensão de que a sociedade está estruturada no ideal da igual consideração e respeito; o *texto legal*, a *intenção do legislador*, o *conteúdo das decisões pretéritas*, no *contexto* em que foram produzidas, buscando, a partir do caso concreto, observar e verificar como se poderia *manter íntegro o desenvolvimento do Direito*, como ensina Ronald Dworkin. E isso, sempre na concepção de que não se pode igualar princípios e valores. Os operadores do Direito não podem decidir de forma discricionária, apenas. A argumentação com base nos valores não considera o que é correto juridicamente, não identifica o caráter normativo deontológico do princípio, mas sim considera o que é bom para a sociedade, segundo argumentos teleológicos, com vistas à concretização dos seus próprios fins, e utiliza assim argumentos de política, de funcionalidade, de finalidade social, moral, religiosa, argumentos que compõem o processo legislativo. É a teoria do agir comunicativo de que fala Habermas e que se traduz democraticamente pela participação da sociedade na formulação legislativa, na elaboração da norma jurídica. Esses argumentos, entretanto, o Juiz não deve considerar. Ele não é legislador, ele não cria o Direito, o Juiz descobre o Direito. O Direito é um só, por isso que estes critérios, reitero, que vêm sendo utilizados, meramente valorativos, estão importando em igualar princípios e valores na interpretação das normas e dos princípios e isso conduz à insegurança jurídica e nega a coerência que deve existir na aplicação do Direito, a par de negar legitimidade à decisão. Portanto, é preciso que o Julgador faça uma apropriação crítica da história institucional do Direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios e, para que a interpretação tenha em vista essa integridade, essa coerência, o Juiz deve levar em consideração os elementos assinalados – o conteúdo dos precedentes, quem os formulou, em que circunstâncias, a própria evolução da sociedade – e, nesta perspectiva, compreender a justificativa daquela decisão e aplicar de forma coerente o direito, considerando o caráter normativo do princípio, evitando-se assim disparidades que podem ocasionar o aumento da litigiosidade, sem qualquer proveito para o desenvolvimento do instituto que merece ser considerado na perspectiva do Direito como integridade.

Como bem acentuado pelo Professor Pedro Paulo Teixeira Manus, “a incidência significativa de ações judiciais em que se discute a ocorrência do assédio moral e os conseqüentes pedidos de indenização por danos morais decorre da importância que o legislador constitucional de 1988 empresta à preservação e respeito expressos à dignidade das pessoas”, impondo-se, todavia,

DOCTRINA

observar que, “em se tratando de fato novo, enseja eventuais abusos na postulação judicial, que devem ser coibidos até que se atinja o desejado equilíbrio pela ação da doutrina e da jurisprudência, que deverão estabelecer os devidos conceitos e contornos a se observar no tratamento adequado ao novo instituto”. No tocante ao montante da indenização, preconiza: “Outra questão importante a considerar diz respeito ao direito à indenização e sua fixação, que se rege pelo art. 944 do Código Civil, devendo a mesma ser proporcional ao dano causado, observando-se a situação tanto do ofensor quanto do ofendido, a fim de que se cumpra igualmente a função pedagógica da condenação, quando for a hipótese”.¹¹

10.3. Indenização por danos materiais: também é possível divisar a reparação por danos materiais, nas hipóteses, v.g., em que do assédio moral decorram prejuízos de ordem psicológica em gravidade tal que importem em gastos ao trabalhador, como remédios e tratamentos.

11 – O COMBATE AO ASSÉDIO MORAL

A moderna doutrina laboral prioriza as relações humanas no trabalho, com a adoção de medidas de prevenção a acidentes e enfermidades, assecuratórias de plenas condições de segurança e saúde para o exercício do trabalho. Como debatido na 91ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho (2003), é necessário construir uma cultura de prevenção em matéria de segurança e saúde do trabalho, compatível com a realidade do mundo globalizado (Relatório da 91ª Conferência Internacional do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho, 2003, cap. 22/1 a 22/50).

Nesse contexto, se, por um lado, o aumento de competitividade e o desenvolvimento tecnológico colocam cada vez mais em risco a saúde do trabalhador, por outro, é fundamental que esse mesmo desenvolvimento lhe propicie condições adequadas para o exercício saudável da profissão. Assim, é *dever* do empregador promover gestão racional das condições de segurança e saúde do trabalho. Ao deixar de providenciar essas medidas, viola o *dever objetivo de cuidado* exigido, configurando-se a conduta culposa.

Com o auxílio da doutrina penalista, entende-se por *dever objetivo de cuidado* o dever de se “adotar toda a cautela, toda a preocupação e precaução, todo o cuidado possível, para não causarmos, com nossos comportamentos,

11 Manus, 2006.

DOUTRINA

lesões aos bens jurídicos” (TELES, Ney Moura. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 228).

Caberá ao empregador, assim, fiscalizar o ambiente de trabalho, coibindo o abuso de poder nas relações de trabalho e tomando medidas para impedir tais práticas, de modo que as relações no trabalho se desenvolvam em clima de respeito e harmonia.

O empregador de hoje, ciente da função social da empresa e da sua responsabilidade em assegurá-la, deve implementar programas de prevenção e proteção contra práticas viabilizadoras de assédio moral.

12 – BIBLIOGRAFIA

GAMONAL CONTRERAS, Sergio; PRADO LÓPEZ, Pamela. *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*. Chile: Lexis Nexis, 2006.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror Psicológico no Trabalho*. São Paulo: Ed. LTr, 2005, 2. ed.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. “O Assédio Moral e o Contrato de Trabalho”. In: *Valor Econômico*, 26/05/2006.

ROLLI, Cláudia; FERNANDES, Fátima. “Crescem denúncias de assédio moral no país”. In: *Folha de São Paulo*, 17/12/2006, Caderno B1.

Editorial do Jornal do Comercio de 29/05/2006.

Órgão Informativo do TRT da 21ª Região, RN, ano VI, n. 52, ago. 2006.

EL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL DERECHO DEL TRABAJO CHILENO*

Sergio Gamonal Contreras**

1 – EL DAÑO MORAL: NOCIÓN ELEMENTAL

Para un adecuado estudio del daño moral por término del contrato de trabajo, es necesario hacer previamente una breve referencia acerca del daño moral en general.

Uno de los temas fundamentales en el moderno derecho civil ha sido la reparación del daño moral, tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual.

La reparación de este tipo de daño en el derecho ha evolucionado, desde una aceptación del resarcimiento de las consecuencias pecuniarias del daño extrapatrimonial, en materia extracontractual, denominado “daño moral impropio”; admitiéndose, en una segunda etapa, el resarcimiento del “daño moral puro” en la responsabilidad aquiliana; entendido como aquel perjuicio que no afecta ni aún indirectamente al patrimonio de la víctima para, finalmente, aceptar el principio de la plena resarcibilidad del daño moral en todo tipo de responsabilidad¹.

* Las ideas expuestas en este trabajo han sido formuladas, en parte importante, por el autor en sus libros: *El Daño Moral por Término del Contrato de Trabajo*, Santiago, Editrem, 2000 (disponible, además, en la dirección: www.unicz.it/lavoro/AL_NEWS.htm); y en *Daño moral en el contrato de trabajo*, Santiago, LexisNexis, 2005.

** *Profesor de Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago y Viña del Mar, Chile. Director de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

1 Domínguez Hidalgo, Carmen, “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 25 N° 1, p. 31. En el derecho uruguayo, Carnelli distingue tres etapas jurisprudenciales respecto de la reparación del daño moral, desde su irreparabilidad, pasando por la aceptación de su reparación cuando se producían daños patrimoniales y reconociéndose, finalmente, el daño moral puro como daño resarcible. Sobre el particular, consultar Venturini, Beatriz, *El daño moral*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1992, p. 67.

DOCTRINA

Arturo Alessandri Rodríguez definía el daño como “todo detrimento, perjuicio o menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.”², agregando que el “daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”³.

En una concepción más amplia, el profesor Ramón Domínguez Aguila nos dice que el daño “implica la privación de algún bien, de un derecho o la alteración de alguna situación jurídica o lesión de un interés, presente o futuro.”⁴.

En cuanto al daño moral, existen diversas opiniones respecto de su definición.

En un primer término se planteó una “noción por exclusión” que postulaba que el daño moral era todo detrimento que no podía ser considerado como daño patrimonial⁵.

Una segunda postura hace equivalente el daño moral al *pretium doloris* definiéndolo como el “sufrimiento, dolor o molestia que el hecho ilícito ocasiona en la sensibilidad física o en los sentimientos o afectos de la persona”⁶. Esta es la doctrina mayoritaria en la jurisprudencia de nuestro país.

Otra concepción se basa en la naturaleza de los derechos lesionados, conceptuando al daño moral como aquel que lesiona los derechos personalísimos o de la personalidad⁷. En esta línea pero con una definición más amplia que la anterior, se ha postulado que el daño moral es aquel que “consiste en una lesión a un derecho extrapatrimonial”⁸.

Por último, una cuarta noción se centra en la naturaleza del interés lesionado y en la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado, definiendo

2 Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 210.

3 Ibidem.

4 Domínguez Aguila, Ramón, “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, año LVIII, N° 188, julio/diciembre de 1990, p. 125.

5 Pizarro, Ramón Daniel, *Daño moral*, Buenos Aires, Hammurabi, 1996, p. 36. Sobre el mismo punto, ver también Venturini, op. cit., p. 22.

6 Diez Schwertter, José Luis, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 82.

7 Venturini, Beatriz, op. cit., p. 24.

8 Pizarro, op. cit., p. 38.

el daño moral como “el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el evento dañoso”⁹. Para esta tesis la diferencia entre el perjuicio material y el moral se fundamenta en la distinta naturaleza de los intereses lesionados, patrimoniales en el material y extrapatrimoniales en el moral¹⁰.

En nuestra doctrina, el daño moral ha sido definido por Diez Schwerter como “la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima”, que son aquellos que afectan “a la persona y lo que tiene la persona pero es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento de cambio”¹¹.

Por su parte, Carmen Domínguez lo conceptúa como “todo menoscabo de un bien no patrimonial o a un interés moral por quien se encontraba obligado a respetarlo, ya sea en virtud de un contrato o de otra fuente.”¹², y Fueyo Laneri lo define como “aquel que se causa con motivo de la ejecución de un hecho ilícito, el incumplimiento de un contrato o la frustración de la relación en su etapa precontractual, siempre que se afecte a la persona o se vulnere un bien o derecho de la personalidad, o un derecho de familia propiamente tal.”¹³.

2 – DAÑO MORAL EXTRA CONTRACTUAL Y CONTRACTUAL

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual ha sido trascendente en Chile, entre otras materias, por la resarcibilidad del daño moral, debido a que la jurisprudencia lo ha aceptado más fácilmente en materia de responsabilidad aquiliana que en la contractual.

De Cupis señala que el daño contractual se general por el incumplimiento de una “obligación”¹⁴, a diferencia del extracontractual, producido por un hecho humano distinto del incumplimiento de una obligación¹⁵.

En nuestro país, el legislador ha establecido importantes diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. La responsabilidad

9 Zannoni citado por Venturini, Beatriz, op. cit., p. 23.

10 Diez Schwerter, op. cit., p. 88.

11 Diez Schwerter, op. cit., p. 88.

12 Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., p. 43.

13 Fueyo Laneri, Fernando, *Instituciones de derecho civil moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 68.

14 De Cupis, Adriano, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 133.

15 De Cupis, op. cit., p. 136.

DOCTRINA

contractual se contempla en el Título XII del Libro IV del Código Civil, artículos 1545 y siguientes, en el efecto de las obligaciones; y la delictual o cuasidelictual en el Título XXXV del referido Libro, artículos 2314 y siguientes.

Siguiendo al profesor Alessandri Rodríguez¹⁶ es posible señalar las siguientes diferencias principales entre ambas responsabilidades:

- 1) En cuanto a la culpa, en materia contractual se distingue entre culpa lata o grave, leve y levísima, a diferencia de lo que ocurre en materia delictual y cuasidelictual, donde la culpa no admite graduación y, por ende, toda falta de diligencia o de cuidado engendra responsabilidad, por levísima que sea;
- 2) Respecto de la mora, en asuntos delictuales o cuasidelictuales no es necesaria la constitución en mora, como ocurre en materia contractual con las obligaciones de dar y hacer;
- 3) En cuanto a la extensión de la reparación, en materia delictual y cuasidelictual la reparación es completa, comprensiva de todo daño, a diferencia de la contractual en la cual se responde de los perjuicios directos que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato, salvo que haya dolo, caso en el cual también se responde por los perjuicios directos imprevistos¹⁷;
- 4) La solidaridad en materia contractual debe estipularse expresamente a menos que la disponga la ley, a diferencia de un delito y cuasidelito cometido por dos o más personas, toda vez que cada una responderá del perjuicio causado;
- 5) Respecto de la prescripción, ésta será de cuatro años desde la perpetración del delito o cuasidelito, en contraste con la responsabilidad contractual en la cual la regla general es cinco años salvo que la ley establezca un plazo menor, contabilizados desde la celebración del acto o contrato, y
- 6) Quizás la diferencia más trascendente dice relación con el peso de la prueba. En efecto, en la responsabilidad contractual el acreedor sólo

16 Alessandri, op. cit., pp. 46 y ss. Por su parte, Rodrigo Borcia Lehmann, en su artículo denominado "Algunas consideraciones sobre el principio de la responsabilidad", en *Instituciones Modernas de Derecho Civil*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, pp. 560 a 562, efectúa un breve paralelo entre ambos tipos de responsabilidad.

17 Desde la época de la obra del profesor Alessandri, en este punto, ha cambiado lo referente a la reparación del daño moral.

debe probar la existencia de la obligación, sin que sea necesario demostrar que su incumplimiento proviene de la culpa del deudor, la cual queda acreditada por el solo hecho del incumplimiento¹⁸. En estos casos, es el deudor quien deberá probar que el incumplimiento de la obligación no le es imputable. Por el contrario, en materia delictual y cuasidelictual, es la víctima quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste.

La reparación del daño moral extracontractual fue acogida por primera vez en nuestra jurisprudencia en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 1907¹⁹, encontrándose, posteriormente, en una sentencia de 1922²⁰, la primera fundamentación detallada acerca de la reparación del daño moral extracontractual²¹.

Por el contrario, en materia de responsabilidad contractual, la aceptación de la indemnización del daño moral ha sido más bien reciente.

Como explica Carmen Domínguez, han existido tres fundamentos para negar la reparación del daño moral contractual²²: El primero basado en el “dogma de la patrimonialidad de la prestación”, por el cual se postula que el contenido de la obligación siempre es de naturaleza económica, lo que impide que existan obligaciones con una prestación no patrimonial que puedan implicar el tener que resarcir perjuicios no económicos por su incumplimiento.

La segunda fundamentación se basa en que la reparación del daño moral se encuentra excluida por el propio tenor de las normas destinadas a regular la indemnización del daño contractual. Esta tesis ha sido especialmente trascendente en nuestro país, ya que los Tribunales la han sostenido hasta fecha reciente.

Sobre el particular, se ha interpretado restrictivamente el artículo 1556 del Código Civil que expresa, en su inciso primero, que “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de

18 Si el acreedor imputa dolo del deudor en materia contractual deberá probarlo, ya que el dolo no se presume, salvo en los casos previstos por la ley, art. 1459 del C.C.

19 Diez Schwerter, op. cit., p. 94. Se fijó una suma de dinero a fin de indemnizar el perjuicio –no material– que a un padre le produjo la muerte del hijo menor de edad, a consecuencia de un cuasidelito.

20 Se trata del caso Vaccaro con The Chilian Electric Tranway and Ligth Cía. Ltda.

21 Diez Schwerter, op. cit., pp. 94 y 95.

22 Domínguez, Carmen, op. cit., pp. 46 a 50.

DOCTRINA

no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

Una tercera línea argumentativa se basa en la aparente imposibilidad de la reparación del daño moral, no susceptible de una apreciación pecuniaria exacta.

No obstante las razones anteriores, la tendencia mundial se orienta a la reparación del daño moral contractual. En esta materia, podemos distinguir países en los que, no existiendo referencia alguna en sus Códigos a la reparación del daño moral contractual, éste ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia en plenitud: Bélgica, Ecuador, España, Francia, Suiza, Uruguay y Venezuela, entre otros²³.

Otros Códigos en forma expresa acogen la reparación del daño moral contractual: Código del Líbano, del Perú, el nuevo Código Civil de Quebec y el Código Argentino²⁴.

Por último, se encuentran Códigos que restringen la reparación del daño moral a los casos expresamente previstos por ley: Alemania e Italia²⁵.

En Chile, Leslie Tomasello expone que existe una verdadera laguna del Derecho que es necesario integrar en materia de daño moral contractual. Sobre el particular, expresa que si se acepta la reparación del daño moral en materia delictual y cuasidelictual, no existen razones para adoptar una solución diferente en la responsabilidad contractual, ya que sus motivos y fundamentos son los mismos²⁶.

Este autor agrega que la carencia de una reglamentación específica, en nuestro Código Civil, no impide la indemnización del daño moral contractual, debiendo considerarse, además, que el legislador del Código sólo pensó en los daños materiales por la época de su redacción, ya que la legislación y doctrina vigentes no hacían referencia alguna al daño moral en el derecho contractual²⁷.

Complementa su razonamiento anterior en el hecho de que, en materia de obligaciones, el Código Civil no exige una “necesaria patrimonialidad de la

23 Sobre el particular consultar Pizarro, op. cit., p. 181 y Venturini, op. cit., pp. y 128 129.

24 Pizarro, op. cit., pp. 181 y 182.

25 Pizarro, op. cit., p. 182.

26 Tomasello Hart, Leslie, *El daño moral en la responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 163.

27 Tomasello, op. cit., p. 164.

prestación”, como parece desprenderse del artículo 1545 de dicho cuerpo legal, sobre cláusula penal enorme respecto de obligaciones de valor inapreciable²⁸.

Por último, afirma que el Código no prohíbe la indemnización del daño moral contractual²⁹.

Fueyo Laneri, por su parte, postula la justicia de la reparación del daño moral en materia contractual, porque nuestra legislación no distingue entre daños morales y patrimoniales³⁰.

La jurisprudencia nacional, en forma excepcional, comenzó a aceptar la reparación del daño moral contractual en la década del cincuenta, respecto del contrato de transporte. Tampoco hubo dudas respecto del daño moral indemnizable por accidentes del trabajo, al tenor de lo establecido en la letra b) del artículo 69 de la ley N° 16.744, que dispone que “la víctima y demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral.”³¹.

Muchos años después, en 1984, encontramos una sentencia que acoge la reparación del daño moral contractual por la negativa injustificada de un banco a alzar una hipoteca³².

Posteriormente, el 20 de octubre de 1994, la Corte Suprema resuelve un recurso de casación en el fondo³³, determinando que la reparación del daño moral contractual no viola lo establecido en los artículos 1556 y 1558 del Código Civil. La Corte sostuvo que este primer artículo, al expresar que la

28 Ibídem.

29 Tomasello, op. cit., p. 166.

30 Fueyo Laneri, Fernando, *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 375.

31 Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, “Daño moral en la responsabilidad contractual. Ausencia de norma excluyente de su reparación.”, *Comentario de Jurisprudencia*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 196, año LXII, julio/diciembre de 1994, p. 156. Consultar, además, Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, “Responsabilidad contractual. Daño moral. Cúmulo de responsabilidades. Prueba del daño moral.”, *Comentario de Jurisprudencia*, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 193, año LXI, enero/junio de 1993, p. 160. Un comentario a las primeras sentencias sobre daño moral en el contrato de transportes, en Tomasello, op. cit., pp. 303 y ss.

32 Domínguez Aguila y Domínguez Benavente, op. cit., “Daño moral en la...”, p. 156.

33 Fallos del mes, N° 431 de 1994, pp. 657 a 663. Se trata del caso María Rafart Mouthon con Banco de Chile. Casación en el fondo, 29 de octubre de 1994.

DOCTRINA

indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, no excluye la reparación del daño meramente moral³⁴. Agrega que la ley no prohíbe la indemnización del daño moral fuera del ámbito delictual y cuasidelictual, y que los artículos 544, 539 y 1544 del Código Civil abren la puerta a esta clase de daños no patrimoniales en las relaciones de familia y en las convenciones³⁵. Sostiene el fallo que, aceptado el daño moral en materia extracontractual, no existe motivo para negarlo en el área contractual³⁶.

Finalmente, esta sentencia se refiere al artículo 2329, ubicado en el Título de los delitos y cuasidelitos, donde se establece que, “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”, el cual es citado por los recurrentes para afirmar que el legislador se cuidó de ampliar el concepto de lo que es resarcible, para no permitir en una interpretación amplia la reparación del daño moral, excluyendo así a las obligaciones contractuales³⁷. Al respecto, la Corte expresa que la citada norma no es lo suficientemente definitiva y categórica, que el Código Civil no se ha preocupado de definir con exactitud lo que entiende por perjuicio o por daño y que al examinar otros preceptos fuera del Título dedicado a los delitos y cuasidelitos, se hallan muchos de ellos que también usando términos amplios responsabilizan al deudor colocado en determinadas situaciones del pago de todo perjuicio, como son los artículos 1562, 1533, 1853, 1930, 1949, etc³⁸.

Es destacable, además, la reciente consagración legislativa del daño moral contractual en ley de protección al consumidor, N° 19.496, que establece expresamente la indemnización por daños materiales y morales en caso de incumplimiento de las normas que ella contiene (art. 3° e).

Inclusive, en materia de derechos del consumidor, la jurisprudencia antes de dicha norma había consagrado la reparación del daño moral. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Santiago, en julio de 1995, en un fallo por discriminación por motivos de raza, expresa: “la parte demandada ha pretendido acreditar que la negativa a permitir el ingreso de la actora al Centro de Salud fue hecho con discreción y en términos no humillantes, mediante la testifical

34 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 6°, p. 660.

35 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 7°, p. 660.

36 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 8°, p. 660.

37 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 14°, p. 662.

38 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 15°, p. 662. Ver cita y comentario de esta fallo en Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., “Daño moral en la...”, pp. 155 y ss. Otras sentencias recientes en esta materia, en Domínguez, Carmen, op. cit., p. 51.

rendida (...). Pero aun cuando se dé por probado que en la negativa se actuó con discreción, la ofensa existe por el hecho mismo de ser discriminada, lo que provoca la humillación y el dolor, de modo que no sirve para exculpar al demandado la alegación de no haberse actuado en forma adecuada, cuando se estaba cometiendo una violación a una norma legal.”³⁹.

3 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La indemnización del daño moral ha sido acogida como principio a nivel constitucional, dentro del proceso denominado “constitucionalización del derecho civil”⁴⁰, del cual nuestra Carta Fundamental no es una excepción.

La Constitución Política chilena hace referencia al daño moral en su artículo 19 N° 7° letra i), al contemplar el derecho a ser indemnizado por el Estado por los perjuicios patrimoniales y morales causados por el “error judicial”.

Asimismo, su artículo 38 inciso segundo dispone: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Opinamos que dicho reclamo perfectamente puede comprender el daño moral, toda vez que nuestro constituyente no lo excluye expresamente de la reparación.

Por otra parte, en el artículo 19 N° 24° inciso tercero, excluye en forma expresa la reparación del daño moral al disponer que el expropiado tiene derecho a la indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado⁴¹.

Además, la Carta Fundamental en su artículo 19 N°s. 1° y 4°, refuerza el reconocimiento del daño moral al consagrar como garantías constitucionales el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1°), y el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia (N° 4°).

39 Considerando 11, en Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XC, mayo-agosto de 1995, sección segunda, p. 82.

40 Diez Schwerter, op. cit., p. 102.

41 Con la redacción del inciso tercero del numeral 24° del artículo 19, el constituyente quiso tutelar los intereses económicos del Estado, que podían verse afectados al tener que indemnizar los daños morales provenientes de una expropiación. Consultar Diez Schwerter, op. cit., p. 103.

DOCTRINA

Diez Schwerter precisa las consecuencias de las normas anteriores, en orden a que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales contemplados en la Constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil: precontractual, contractual y extracontractual. Agrega que, además, será procedente la acción de protección establecida en el artículo 20 de la Ley Fundamental, lo que, en la práctica, ha permitido reparar ciertos daños morales por medio de equivalentes no pecuniarios⁴².

Por su parte, Domínguez Aguila señala que nuestra Constitución consagra plenamente el “Principio de Reparación Integral del Daño”⁴³, tanto respecto del daño moral en los numerales 1º y 4º del artículo 19, como en lo referente al daño patrimonial en el numeral 24º del citado artículo⁴⁴.

Por último, debemos precisar que en la sentencia de 20 de octubre de 1994, citada en el párrafo anterior, la Corte Suprema fundamenta su decisión favorable a la indemnización de los daños morales contractuales por lo dispuesto en los numerales 1º y 4º del artículo 19 de la Ley Fundamental, en relación con lo señalado en el artículo 1º de la Constitución, en cuanto declara que “el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”⁴⁵.

Señala asimismo que la anterior concepción filosófica corresponde a una corriente de pensamiento universal, como se desprende de diversos acuerdos internacionales, como por ejemplo en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo 5º establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y a su vida privada y familiar”, y el Pacto de San José de Costa Rica que en su

42 Diez Schwerter, op. cit., pp. 104 a 106. Sobre el fundamento constitucional de la indemnización del daño moral consultar: Domínguez, Carmen, op. cit., p. 38; Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., “Daño moral en la...”, p. 158; Domínguez Aguila, Ramón, y Domínguez Benavente, Ramón, op. cit., “Responsabilidad contractual...”, p. 163; Illanes Ríos, Claudio, “El daño moral en la responsabilidad contractual”, charla dictada el 8 de septiembre de 1994 en el Colegio de Abogados, publicada en diciembre de 1994 por el Colegio de Abogados, Santiago, p. 7, y Domínguez Aguila, Ramón, “Reparación del daño moral por despido injustificado”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, pp. 433 y 440 y ss.

43 Este principio implica que la indemnización debe comprender todo daño. Consultar en esta materia a Domínguez, Aguila, op. cit., “Consideraciones...”, p. 135.

44 Domínguez Aguila, op. cit., “Reparación del daño moral por...”, p. 441.

45 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 10º, pp. 660 y 661.

artículo 11 dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad⁴⁶.

En otra sentencia la Corte Suprema, el 24 de agosto de 1995, manifiesta que de la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales “no se agota, empero, en la legislación ordinaria sino que halla acogida también en la normativa suprema de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 19 asegura el derecho a la integridad física y psíquica (N° 1), el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (N° 4); bienes de excelencia e ideales por naturaleza que, al amparo del reconocimiento constitucional, deben recibir de parte de los órganos encargados de hacer operante el ordenamiento jurídico, que arranca su origen y validez en la Carta Fundamental, amplio resguardo y protección, incluido el resarcimiento pecuniario, cuando resultan afectados por actos que los lesionan y menoscaban.”⁴⁷.

Dicha sentencia agrega, además, que: “Señaladamente explícito es, a este respecto, el acápite 7, letra i) del referido artículo 19, al asegurar a la persona que hubiera sido condenada o procesada mediante una decisión judicial que la Corte Suprema declara injustificadamente errónea o arbitraria, el derecho a una indemnización por parte del Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido.”⁴⁸.

Como vemos, la reparación del daño moral contractual y extracontractual tiene plena justificación en el orden constitucional chileno, lo cual, como analizaremos en los próximos acápitales, es de gran importancia para el derecho laboral.

4 – HIPÓTESIS DE DAÑO MORAL LABORAL

El daño moral en materia laboral puede darse en diversos supuestos, tanto en una etapa precontractual⁴⁹, de ejecución del contrato, al término del mismo y post contractual, generándose, según el caso, responsabilidad contractual o extracontractual.

46 Fallos del mes, N° 431 de 1994, considerando 11°, p 661.

47 Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo XCII, mayo-agosto de 1995, sección cuarta, considerando 21, p. 166.

48 *Ibidem*.

49 Vázquez Vialard, Antonio, *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, op. cit., p. 756.

DOCTRINA

En la etapa precontractual, puede producirse un daño moral en el proceso de selección del trabajador, violentando su derecho a la intimidad si se le solicitan datos personales más allá de lo razonable o necesario para determinar su experiencia y capacidad. Asimismo, puede transgredirse su derecho a la vida privada indagando en su situación familiar, sus actividades de recreación, las actividades que realiza con su familia en el período de vacaciones, sus convicciones políticas, religiosas o sindicales. Lo mismo ocurre con las listas negras, que afectan y dañan el derecho a la imagen del trabajador⁵⁰.

En la etapa de ejecución del contrato nada impide que cuando se incumplen obligaciones, que no impliquen su término, pueda resarcirse el daño moral⁵¹.

Es un principio firme que el empleador no puede intervenir en la vida familiar, religiosa o política del trabajador, y que las libertades públicas tienen cierta proyección dentro de la empresa, consagrándose la denominada “ciudadanía en la empresa”⁵².

Existen muchas situaciones durante el desarrollo del contrato que pueden producir un daño moral, como ocurre con el uso abusivo del jus variandi o cuando se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, por las medidas de revisión y control que establezca la empresa⁵³.

Del mismo modo, puede afectarse la honra del trabajador cuando se le sanciona disciplinariamente en forma infundada, por ejemplo por falta de honradez, en virtud del poder de mando del empleador⁵⁴.

Producido un daño moral durante el contrato, procede pedir la reparación del daño y es factible también solicitar el cese de las acciones que continúan provocando sus efectos en el tiempo⁵⁵.

50 Un desarrollo más completo de los ejemplos citados en Süßeskind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna; y Lima, Texeira, *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTR, 1997, pp. 631, 634, 635 y 639.

51 Pizarro, op. cit., pp. 606 y 607. Consultar Mangarelli, Cristina, *Daño moral en el derecho laboral*, Montevideo, Acali Editorial, 1984, pp. 66 y ss. y p. 94, y Mangarelli, Cristina, *Despido abusivo e incumplimiento contractual*, Montevideo, B de F, 1992, p. 17.

52 Rivero y Savatier, op. cit., pp. 538 a 540. Sobre esta materia, consultar Couturier, Gérard, *Droit du travail*, 1/ Les relations individuelles de travail, Paris, PUF, 1996, pp. 358 y ss.

53 Respecto de la vulneración del derecho a la intimidad, consultar Lima, Texeira, en Süßeskind, Arnaldo; Délio, Maranhão; Segadas, Vianna; y Lima, Texeira, *Instituições de Direito do Trabalho*, Vol. 1, Sao Paulo, LTR, 1997, p. 632.

54 En esta materia, ver lo señalado por Lima, Texeira, op. cit., p. 637.

55 Vázquez Vialard, op. cit., p. 766.

Además, durante la ejecución del contrato, puede producirse un accidente del trabajo o una enfermedad profesional, donde expresamente se contempla la reparación del daño moral, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 letra b) de la ley N° 16.744. Esta responsabilidad es de naturaleza contractual, en caso de que el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora, claramente deducida del deber de seguridad⁵⁶ que establece el artículo 184 del Código del Trabajo⁵⁷.

En cuanto a la indemnización del daño moral producido al término del contrato, nos remitimos a lo que diremos en los próximos apartados.

Por último, cabe agregar que en la etapa post contractual puede producirse un daño moral, por ejemplo, cuando el empleador injuria al trabajador durante el juicio por despido injustificado. En este caso la responsabilidad será extracontractual.

5 – TEORÍAS ACERCA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR TÉRMINO DEL CONTRATO

La naturaleza de la relación laboral y especialmente su contenido ético jurídico impone deberes cuya transgresión puede causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En materia de terminación del contrato de trabajo, la simple disolución del vínculo contractual es un derecho del empleador cuando se configura una de las causales establecidas por ley. En estos casos, aunque pueda existir un daño moral no procede su reparación, sin perjuicio del pago de la indemnización por años de servicio.

Sin embargo, como analizaremos más adelante, existen situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral en nuestro

56 Gumucio Rivas, Juan Sebastián, “Régimen indemnizatorio de los accidentes del trabajo”, en Revista Laboral Chilena, enero de 1992, pp. 75 y 76. Ver además Gumucio Rivas, Juan Sebastián y Corvera Vergara, Diego, “Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo en Chile”, en Revista Laboral Chilena, diciembre de 1996, pp. 64 y 65.

57 Artículo 184 del C. del T.: “El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales.”.

Su inciso segundo dispone: “Deberá asimismo prestar o garantizar los elementos necesarios para que los trabajadores en caso de accidente o emergencia puedan acceder a una oportuna y adecuada atención médica, hospitalaria y farmacéutica.”.

DOCTRINA

derecho: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo contemplado en el art. 168 inc. 3° y el despido indirecto.

Respecto del despido antisindical, opinamos que la indemnización complementaria a la que puede optar el trabajador y cuyo monto es determinado por el juez, entre tres y once meses de remuneración⁵⁸, cubre los eventuales perjuicios del daño moral en dicho despido, a pesar de comprender cierta tarificación según el nivel de ingreso de la víctima.

Mangarelli precisa que no es indemnizable el daño moral por ruptura arbitraria del contrato de trabajo, salvo que se configure una hipótesis de despido especialmente injustificado⁵⁹.

Como la reparación adicional sólo puede admitirse en situaciones excepcionales y no en cualquier despido, Mangarelli y Castello señalan los siguientes criterios a fin de determinar si la entidad del daño moral amerita su indemnización⁶⁰:

- a) Si existen motivaciones antijurídicas, espurias o persecutorias;
- b) Si hay una especial intención de lesionar al trabajador;
- c) Si el comportamiento del empleador es particularmente antijurídico y vulnera intereses cautelados por el ordenamiento laboral.

Debemos precisar, además, que también es posible que sea el empleador quien sufra un daño moral por un incumplimiento del trabajador que infrinja el contrato, caso en el cual y en atención a su gravedad, será posible poner término a la relación de trabajo y reclamar la indemnización del daño moral. Por ejemplo, un trabajador también debería responder por el daño moral que por dolo o culpa ocasione a los bienes no patrimoniales del empleador, afectando la imagen o buen nombre de la empresa⁶¹.

Lo anterior procede incluso en el caso de que el empleador sea una persona jurídica, toda vez que éstas son titulares de algunos derechos

58 Desde el 1° de marzo del 2008 será entre 6 y 11 meses de remuneración (ley N° 20.087).

59 Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 106.

60 Mangarelli, Cristina y Castello, Alejandro, “Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada”, en Revista Derecho Laboral, Montevideo, Tomo XL, N° 185, enero-marzo 1997, p. 262.

61 Alvarez Chávez, Víctor Hugo, *Regímenes indemnizatorios del despido*, Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1988, p. 102.

extrapatrimoniales, tales como los derivados del nombre, del honor y secreto de sus negocios⁶².

En parte, la ley n° 20.005, que tipifica y sanciona el acoso sexual, reconoce esta situación al disponer, en el nuevo inciso final del art. 171, que si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del art. 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado.

Si bien en nuestro Código para los casos de despido injustificado, abusivo e indirecto se establece el pago de una indemnización tarifada por antigüedad, postulamos que ésta no comprende el eventual daño moral sufrido y que, por ende, es plenamente acumulable con una indemnización del daño efectivamente causado al trabajador. Una situación más discutible es la del despido antisindical, cuya indemnización adicional cubre, en principio, el daño moral efectivamente causado.

Respecto de la posibilidad de acumular una indemnización por daño moral a la tarifada establecida por ley, se distinguen diversas opiniones en doctrina⁶³:

a) Teorías que rechazan la acumulación

Para algunos es improcedente la referida acumulación toda vez que terminado el contrato debe cancelarse la indemnización tarifada establecida por ley, la cual excluye del ámbito de la relación laboral el principio general de la reparación integral de los daños.

Se sostiene, además, que la tarifa legal abarca todos los eventuales perjuicios producidos por el despido injustificado, correspondiendo su pago se hayan o no producido daños para el trabajador. Complementa lo anterior, el hecho de que el legislador ha establecido una indemnización tarifada a fin de que el costo económico que su pago representa para el empresario no afecte la continuidad de la actividad productiva, y que éste pueda planificar previamente el desarrollo de su negocio ante la posibilidad de tener que cancelar las indemnizaciones por despido. En caso contrario, se produciría una grave inseguridad jurídica en las relaciones de trabajo.

62 Díez Schwerter, op. cit., p. 130.

63 Ver Mangarelli, op. cit., "Daño moral...", pp. 73 a 97; Martorell, Ernesto E., *Indemnización del daño moral por despido*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., 1994, pp. 145 y ss.; Vázquez Vialard, op. cit., pp. 718 y ss., y Pizarro op. cit., pp. 588 y ss.

Se agrega que no es posible aplicar las normas del derecho común al derecho laboral, cuando éste ha regulado en forma expresa una determinada institución, como ocurre con las indemnizaciones por término de contrato, y que si el legislador hubiere deseado establecer una indemnización mayor, lo habría hecho expresamente.

b) Teorías que aceptan la acumulación

Para la mayor parte de la doctrina es plenamente pertinente la acumulación de una indemnización del daño moral con las establecidas por el derecho laboral para el término del contrato de trabajo.

En esta línea se argumenta que la indemnización tarifada sólo cubre el daño patrimonial del despido, por lo cual resulta de toda lógica la necesidad de indemnizar el daño moral por ejercicio abusivo del despido con una indemnización complementaria.

Se añade que la aceptación de la indemnización del daño moral por término de contrato, en casos de especial gravedad, podría fortalecer la seguridad jurídica en el entendido de que la jurisprudencia o la ley fijen pautas respecto de los casos y montos de su indemnización.

Américo Plá defiende la acumulación de las indemnizaciones debido a su distinta naturaleza. La indemnización por despido busca la reparación de los perjuicios por la pérdida del empleo, su cálculo se realiza en forma tarifada o forfaitaire sin consideración a los reales daños, debiendo cancelarse incluso cuando ni siquiera existe culpa por parte del empleador; a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, basada en un actuar objetable del empleador y que exige la prueba de los daños producidos⁶⁴.

Se ha sostenido, por otra parte, que debe repararse el daño moral cuando se produce por actos diferentes del despido, los cuales importan incumplimientos contractuales o actos ilícitos. Se trata de actos del empleador que pueden ser previos, simultáneos o posteriores al despido.

Pizarro critica la tesis anterior ya que no se trata de diferenciar el despido de “actos diferentes del mismo que puedan producir daño moral”, sino de valorar la distinta repercusión que el despido produce en la esfera de intereses del perjudicado y sus respectivas consecuencias en el plano patrimonial y espiritual⁶⁵.

64 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 86.

65 Pizarro, op. cit., pp. 602 y 603.

DOCTRINA

Ackerman afirma que la finalidad de la indemnización tarifada es responder al incumplimiento del deber de respetar el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, compensando sólo los daños materiales y morales que la referida violación contractual ocasione, lo cual impone la necesidad de reparar los otros daños que puedan producirse por incumplimientos contractuales, en forma independiente de la tarifa legal⁶⁶.

Se ha postulado también que la existencia de un régimen específico de indemnización tarifada por término de contrato no autoriza para concluir, a contrario sensu, que en materia laboral no rige el principio de reparación integral del daño.

A la luz de las teorías expuestas, es posible afirmar que una importante mayoría de los autores admite la posibilidad de acumular, a la indemnización tarifada legal por término de contrato, otra de daños y perjuicios morales cuando éstos adquieren cierta relevancia y entidad.

Aunque en este trabajo nos limitamos al análisis del daño moral, es necesario precisar que ante despidos abusivos, especialmente injustificados y particularmente graves, la necesidad de indemnizar los daños no se limita a los de naturaleza moral sino también a los daños patrimoniales efectivamente causados, sin perjuicio de las indemnizaciones tarifadas que procedan.

Para estudiar el daño moral por término del contrato de trabajo, cabe distinguir la situación actual de la que se existirá cuando entre en vigencia la ley n° 20.087, sobre nuevo procedimiento laboral, el 1° de marzo del 2008. Esta nueva ley consagra una figura especial: el despido atentatorio de derechos fundamentales. Por esto es que en este artículo distinguiremos ambas hipótesis para mayor claridad expositiva.

6 – PROCEDENCIA Y FUNDAMENTO (ANTES DEL 1° DE MARZO DEL 2007)

Por término de la relación laboral existen tres situaciones en las cuales puede plantearse la necesidad de reparar el daño moral: el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, el despido abusivo expresamente contemplado en el Código del Trabajo (art. 168 inc. 3°) y el despido indirecto. Un cuarto caso es el del despido antisindical, al cual ya nos referimos anteriormente.

66 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 93.

DOCTRINA

En el despido injustificado el juez ha decretado que el término de contrato ha sido injustificado, indebido o improcedente, o que no se ha invocado causal alguna, debiendo analizarse en cada caso la eventual procedencia de una indemnización por daño moral según las circunstancias y motivaciones del despido.

En el despido abusivo considerado en la ley laboral, el empleador ha invocado ciertas causales de caducidad (disciplinarias por incumplimiento grave de obligaciones del contrato) de especial gravedad, como por ejemplo un robo, sin un motivo plausible para ello. Se trata de un abuso en el cual se vulnera la naturaleza del despido invocándose de mala fe una causal de máxima gravedad.

En el despido indirecto o autodespido, el empleador ha incurrido en ciertas causales de caducidad que facultan al trabajador para poner término al contrato. En estos casos será necesario establecer si la falta del empleador ha provocado un daño moral al trabajador, para determinar si procede la indemnización. Desde la vigencia de la ley N° 20.005, sobre acoso sexual, el legislador permite expresamente solicitar junto con las indemnizaciones laborales otras indemnizaciones (daño moral) cuando el despido indirecto del trabajador se basó en un acoso sexual o en una falta de probidad u honradez.

En consecuencia, en el despido abusivo y en el despido indirecto procederá la indemnización del daño moral por la entidad de las situaciones que configuran dichas causales, a diferencia del despido injustificado donde sólo en algunos supuestos podrá configurarse un despido abusivo.

Lo anterior se basa en que puede ocurrir que el empleador haya aplicado la causal en forma errónea, de buena fe, incurriendo sólo en un despido injustificado y quedando obligado al pago de las indemnizaciones laborales. En este caso no deberá indemnizar el daño moral.

Por el contrario, hay situaciones en las cuales el empleador puede haber actuado de mala fe, con la finalidad de poner fin al contrato por motivaciones ilícitas o espúreas, provocando un daño moral al trabajador que en nuestra opinión deberá ser indemnizado en forma específica por constituir un despido injustificado que deriva en un despido abusivo. Podemos dar muchos ejemplos de lo anterior, cuando el empleador despide a un trabajador por haber hecho un reclamo a la Dirección del Trabajo, por haberse negado a trabajar horas extraordinarias, por sus ideas políticas, por motivos discriminatorios basados en la raza, color, sexo, religión, nacionalidad u origen social, etc.

Para que proceda la indemnización del daño moral por término de contrato, el daño debe ser de cierta entidad.

Barbagelata sostiene que para que sea indemnizable el daño moral por término de contrato de trabajo, debe tratarse de un daño moral distinto del “normal” que produce la ruptura abusiva del contrato⁶⁷. Las sensaciones de disgusto, ira, contrariedad, indignación, etc. del trabajador, no dan lugar por sí solas a la obligación de reparación⁶⁸.

Martorell señala como límite para la procedencia de la indemnización por daño moral por despido, el denominado “principio de la extraordinariedad”, esto es que la reparación del daño moral por ruptura abusiva del contrato de trabajo sea una situación excepcional, aplicable en limitadas ocasiones⁶⁹.

En efecto, para que podamos hablar de un derecho a reparación no basta que exista una aflicción, dolor o humillación, sino que debe haber un bien jurídico sobre el cual el afectado tiene un interés jurídicamente protegido⁷⁰. Carmen Domínguez señala a este respecto que: “La infracción del contrato supone siempre molestias o desagradados, pero ello no significa que éstos puedan y deban ser indemnizados como daño moral. Por el contrario, sólo debe ser resarcido por vía contractual el perjuicio extramatrimonial producido a resultas del incumplimiento y no ocasionalmente por él”⁷¹⁻⁷².

67 Citado por Mangarelli, op. cit., “Daño moral...”, p. 85.

68 Mangarelli y Castello, op. cit., p. 263.

69 Martorell, op. cit., pp. 214 y 215. Este principio se fundamenta en el carácter “cerrado” del sistema de indemnizaciones tarifadas laborales, que no permiten la aplicación de otras normas incluso en caso de que haya perjuicios no cubiertos en la tarifa legal, salvo que existan causas de verdadera gravedad, “cuya convalidación significaría la consagración judicial de la injusticia”. Por otra parte, la doctrina civil argentina ha precisado que “...el daño moral contractual no puede ser el efecto común en la psiquis de una frustración, un crédito no satisfecho, una deuda no saldada. Debe tener una particular entidad, gravedad o jerarquía. De ahí que deba ser probado; y que el juez tenga un gran margen en la apreciación sobre su responsabilidad. De lo contrario, todo incumplimiento, sea de la prestación que fuere, total o parcial, o mero retardo, o cumplimiento irregular, inoficioso o viciado, desencadenaría la responsabilidad por agravio moral. Y ello no es el fin querido, pues para compensar esos perjuicios está la indemnización del daño material. Así, con semejante amplitud, se convierte en un plus indemnizatorio, en una fuente de enriquecimiento. En un daño moral de pura ficción y no de realidad.”. Mosses Iturraspe citado por Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., “*El Daño ...*”, tomo 1, pp. 465 y 466.

70 Zannoni citado por Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., “*El Daño ...*”, tomo 1, p. 59. Este autor señala, por ejemplo, que si se presencia cómo un conductor atropella desaprensivamente a un peatón en la vía pública, no se puede demandar ningún tipo de indemnización por más que se haya experimentado dolor por ese hecho si no se acredita la titularidad de algún bien interés jurídico en la conservación de la vida de esa persona.

71 Domínguez Hidalgo, Carmen, op. cit., “*El Daño ...*”, tomo 1, p. 355.

En el mismo sentido, Corral Talciani expone el principio de tolerancia del daño ínfimo, en el sentido de que la reparación integral del daño alude a un perjuicio que tenga cierta entidad mínima proporcional a la actividad que deberá realizarse para lograr su reparación. Este autor cita como ejemplos las relaciones de familia y de vecindad, donde el solo hecho del actuar humano implican cierto malestar o perjuicio inevitables. En materia de daño ambiental, el artículo 2º e) de la ley Nº 19.300 establece que el daño que hace exigible la responsabilidad ambiental sea significativo. Cfr. Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 146 y 147.

DOCTRINA

Respecto de nuestro ordenamiento laboral, opinamos que la acumulación de una indemnización por daño moral con la establecida por el Código para el despido injustificado que deriva en un despido abusivo, abusivo o indirecto, es plenamente procedente por las siguientes razones:

1) La reparación del daño moral contractual y extracontractual se encuentra fundamentada en nuestra Constitución Política, lo cual no excluye al derecho laboral.

La Carta Fundamental comprende el daño moral en sus arts. 19 N° 7° letra i) y 38⁷³.

Además, nuestra Ley Fundamental en su art. 19 N°s 1° y 4°, refuerza el reconocimiento del daño moral al consagrar como garantías constitucionales el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (N° 1°), y el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia (N° 4°).

Asimismo, dichos preceptos consagran a nivel constitucional el “principio de reparación integral del daño”.

Por otra parte, la Constitución en su art. 5° inciso segundo establece el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce el derecho a la vida en su art. 6 y dispone en el art. 17 que “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”.

Asimismo, el Pacto de San José de Costa Rica en sus arts. 4 y 5 reconoce el derecho a la vida y el derecho de todas las personas a la integridad física,

72 En esta material, cabe destacar que la jurisprudencia nacional ha hecho presente que una errónea interpretación del derecho en materia laboral no justifica una indemnización del daño moral. Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica rol N° 9231 de 1° de diciembre de 2003, publicada en la *Revista Laboral Chilena*, febrero-marzo de 2005, N° 134, pp. 61 y ss.

73 Sobre la procedencia de la reparación del daño moral por responsabilidad del Estado, consultar Soto Kloss, Eduardo, *Derecho Administrativo*, Bases Fundamentales, t. II El principio de juridicidad, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, pp. 310 y 311.

psíquica y moral, y en el art. 11 establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

La doctrina civil concluye en base a nuestra Carta Fundamental que la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales contemplados en la Constitución debe aceptarse en cualquier ámbito de la responsabilidad civil: precontractual, contractual y extracontractual, procediendo, además, la acción de protección establecida en el art. 20 de la Ley Fundamental.

Tanto el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (Nº 1º), como el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia, son deberes especialmente contemplados y reforzados por el derecho laboral, integrantes del denominado contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, deducibles de diversas disposiciones del Código del ramo.

Opinamos que por razones constitucionales, legales y de principios, resulta plenamente pertinente la acumulación de las indemnizaciones laborales por término de contrato con una indemnización del daño moral.

2) Como ya mencionamos, la ley Nº 20.005 que tipifica y sanciona el acoso sexual, estableció que el trabajador afectado por una falta de probidad o acoso sexual (art. 160 Nºs 1 y 2 del Código) podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción por despido indirecto, las otras indemnizaciones a que tenga derecho (nuevo inciso segundo del art. 171). ¿Cuáles serán estas otras indemnizaciones? Las indemnizaciones por daño patrimonial y moral que correspondan.

Esta precepto reconoce en forma expresa la procedencia de indemnizaciones complementarias a las laborales por término de contrato, como es el caso del daño moral. Lo mismo ocurre en el nuevo procedimiento de tutela de derechos fundamentales de la ley Nº 20.087.

3) De argumentarse que las indemnizaciones laborales inhiben la posibilidad del pago de una indemnización adicional por daño moral, se violentaría un principio básico y esencial del derecho del trabajo: el principio protector, especialmente consagrado en nuestra Constitución Política al establecer la libertad de trabajo y su protección (art. 19 Nº 16º).

4) Tanto la indemnización por años de servicio como la por despido injustificado, abusivo o indirecto, no tienen como fin el reparar los daños reales que el despido produce en el trabajador y su familia.

La naturaleza de dichas indemnizaciones obedece a los siguientes fines: establecer un premio a la fidelidad, constituir una especie de previsión y

asistencia social y promover la estabilidad en el empleo, reforzándose este último objetivo con el recargo en el caso del despido injustificado y estableciéndose una sanción (recargo de un 100%) al empleador que imputa ciertas causales especialmente delicadas, sin motivo plausible, en el caso del despido abusivo.

Por su parte, en el despido indirecto, la indemnización participa de las mismas finalidades ya descritas, fortaleciéndose el fomento a la estabilidad en el empleo con el recargo dispuesto en la ley (un mínimo de 50% hasta un 80%).

5) De postularse que las indemnizaciones comprendidas en el Código del Trabajo para el despido injustificado, abusivo e indirecto contemplan el eventual daño moral que dichas situaciones produzcan, nos encontraríamos ante situaciones ilógicas.

Lo anterior debido a que el monto de las señaladas indemnizaciones se calcula en forma tarifada o forfaitaire según la antigüedad del trabajador y no en atención al daño efectivamente causado con el despido. Por ejemplo, un trabajador con un año de antigüedad tendría una indemnización considerablemente menor que otro con diez años de servicios, aunque el daño moral sufrido por ambos sea idéntico.

6) Finalmente, si se considerare improcedente la acumulación de una indemnización por daño moral a la establecida en el Código para los casos estudiados, nos encontraríamos con que el “contrato de trabajo” consagraría una verdadera impunidad del empleador respecto de los eventuales daños morales que causare al trabajador.

Sería poco razonable que un empleador que va a despedir a un trabajador y sabe que deberá pagar las indemnizaciones legales que dispone el Código del Trabajo, pudiera impunemente y amparado en las normas laborales vejar, ultrajar y violentar moralmente al trabajador y ser irresponsable por ello.

Por las razones expuestas creemos que una indemnización por daño moral por término de contrato de trabajo es procedente en nuestro país, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Que el término del contrato se produzca por un despido injustificado que derive en un despido abusivo; un despido abusivo o por un despido indirecto, y
- 2) Que exista un daño moral indemnizable, esto es de cierta entidad, distinto del que normalmente se produce por el término de la relación laboral.

DOCTRINA

Lo anterior, sin perjuicio de lo que señalamos acerca del despido antisindical y lo que expondremos acerca de la ley N° 20.087.

Finalmente, cabe hacer presente que podría darse el caso de que un tribunal rechazare una demanda por despido injustificado o abusivo y que, no obstante, prosperare la indemnización por daño moral en la medida en que pueda probarse que ha existido un agravio moral grave en contra del trabajador⁷⁴.

7 – JURISPRUDENCIA

En materia jurisprudencial, con anterioridad a la dictación del actual Código, se habían presentado casos de indemnización de daño moral por término de contrato, basados en la invocación maliciosa de ciertas causales de despido (art. 162 del Código de 1987), los cuales ya mencionamos.

Desde la vigencia de la ley N° 19.010, de 1990, refundida en el Código del Trabajo de 1994 hoy vigente, son pocas las sentencias de daño moral por término de contrato de trabajo.

Un primer caso fue el sentenciado por la Corte de Apelaciones de Concepción, de 12 de diciembre de 1997, en la causa Florencio Céspedes Ortiz con Banco del Estado⁷⁵, por un despido por falta de probidad en el cual se le imputa al trabajador el haber usufructuado dineros provenientes de créditos otorgados por él, y el haber concedido créditos sin suficiente garantía.

El trabajador se desempeñó en el Banco por 33 años desde 1960, siendo su última función la de Agente de la Sucursal de Lota desde 1986. A mediados de 1992, el Banco, mientras se encontraba enfermo y con licencia, dispuso su traslado como Jefe de la sección a Lebu, por lo cual reclamó ante la Inspección del Trabajo por este grave incumplimiento de contrato.

Posteriormente, el Banco comenzó una investigación o sumario interno, al cual jamás se le citó ni se le oyó, ni se le permitió defensa alguna, poniéndosele término a su contrato por falta de probidad. Cuando tomó conocimiento del despido solicitó la nulidad de todo lo obrado, a lo cual el Banco accedió, pero una vez finalizada su licencia por enfermedad se le despidió nuevamente por falta de probidad.

74 Ferrari citado por Martorell, op. cit., p. 227.

75 Esta sentencia fue publicada en la Revista Chilena de Derecho, Vol. 25 N° 2, Abril-Junio de 1998, pp. 431 y ss., oportunidad en la cual es comentada por el profesor Ramón Domínguez Aguila.

DOCTRINA

El Banco fue condenado por despido injustificado y la Corte opinó que las indemnizaciones laborales correspondientes no cubrían otros perjuicios causados al actor (considerando 4).

Agrega el Tribunal de Alzada que imputar a una persona falta de probidad sin permitirle adecuada defensa implica faltar gravemente a su honor e integridad, y que el art. 19 N° 4° de la Constitución reconoce a las personas el derecho a la honra y lo garantiza frente a terceros. Además, señala que se ha afectado gravemente la integridad psíquica del trabajador, consagrada en el art. 19 N° 1° de la Ley Fundamental, quien se encuentra sumido en una honda depresión que afecta sus relaciones con su familia y amigos (considerando 5).

Señala que la conducta del Banco es dolosa porque fue voluntaria y con perjuicios claramente previsibles, colocándose fuera del marco contractual para incurrir en un ilícito extracontractual, por lo que debe repararse el daño causado.

En cuanto a la posibilidad de incompatibilidad entre la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones laborales decretadas en causa laboral, la Corte opina que se trata de materias diferentes, una de naturaleza civil y otra de naturaleza laboral, originándose la indemnización civil por no haberse probado en una causa laboral la falta de probidad del demandante, y que, por lo tanto, no se trata de una cuestión suscitada entre el trabajador y su empleador o viceversa, por la aplicación o no de normas laborales o estipulaciones contenidas en un contrato de trabajo, por lo cual no estaríamos ante un caso de doble indemnización (considerando 11).

Considera el Tribunal que no puede sostenerse que las indemnizaciones laborales (por años de servicio más los recargos por no haber demostrado el Banco la procedencia de la causal de caducidad, que en la especie fue de un 25%) impida el ejercicio, por parte del trabajador, de otras acciones, como es el caso de una indemnización de perjuicios de carácter civil. Las referidas indemnizaciones por término de contrato son de naturaleza laboral y no producen cosa juzgada, y lo que se demanda es una indemnización por responsabilidad extracontractual y lo cancelado son prestaciones ocasionadas por contrato de trabajo (considerando 14).

La Corte considera al daño moral como equivalente al *pretium doloris* y condena al Banco del Estado al pago de \$ 10.000.000 por este concepto (considerandos 18 y 19).

Por su parte, la Corte Suprema en fallo de 5 de mayo de 1999, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Banco del Estado, señalando “f) que el banco ejerció su derecho de despedir al trabajador de un modo

DOCTRINA

indebido, asumiendo una conducta abusiva y temeraria al imputarle un cargo tan grave como la falta de probidad, sin especificar cargos concretos, lo que constituye un proceder ilícito que atenta contra la integridad y la honra del funcionario; g) que de los hechos señalados y de la prueba rendida se configura un cuadro de daño moral sufrido por el actor, producto del proceder ilícito del banco, que debe ser indemnizado por éste, daño que el fallo recurrido fijó en \$ 10.000.000.” (considerando 3).

Señala el máximo tribunal que la demanda tiene por objeto el resarcimiento de los perjuicios producidos “posteriormente, durante la secuela del juicio laboral, al sostener el banco la existencia de la causal de falta de probidad, que no precisó ni probó” (considerando 5), agregando que “por consiguiente, la sentencia recurrida no derivó la existencia del daño moral del hecho del despido, sino del actuar del demandado en su defensa en ese pleito, que estimó constitutivo de un ilícito civil que tuvo como efecto un daño moral que se reguló prudencialmente en la cantidad de \$ 10.000.000.” (considerando 7).

Opinamos que este fallo es de gran trascendencia y que constituye un importante precedente en materia de daño moral por término de contrato.

Consideramos muy acertados los argumentos constitucionales de la Corte de Concepción así como el considerando que sostiene que las indemnizaciones laborales no excluyen la indemnización de daños y perjuicios en esta materia.

No concordamos, sin embargo, con la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual, ni con el razonamiento de que la imputación de una falta de probidad no probada escapa al ámbito del contrato de trabajo, por todos los fundamentos explicados anteriormente.

En otra causa de fecha 12 de julio de 2001⁷⁶, la Excm. Corte Suprema acogió un recurso de casación en la forma en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por contener decisiones contradictorias al condenar por despido injustificado y ordenar el pago de las indemnizaciones propias de tal declaración y, al mismo tiempo, imponer el pago de las remuneraciones correspondientes a la duración del fuero, lo que presupone la nulidad del despido.

Además, tanto la sentencia de primera como la de segunda instancia habían condenado al pago de una indemnización por el daño moral.

76 Comentada en Gamonal Contreras, Sergio, “El daño moral por término del contrato de trabajo: notas a una sentencia de la Excm. Corte Suprema”, *Revista Laboral Chilena*, N° 101, noviembre 2001, pp. 74 y ss.

DOCTRINA

En la sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema, se hace expresa referencia a la indemnización del daño moral, rechazando su procedencia en materia laboral por estimar que la indemnización por años de servicio compensa “la aflicción que puede ocasionar la pérdida de la fuente de trabajo, aún cuando tal sufrimiento no esté explícitamente contemplado por el legislador” (considerando 11°).

Agrega el fallo que la indemnización por años de servicio busca una reparación del daño con carácter objetivo, sin conexión real con el efectivo perjuicio producido, presumiéndose que el mismo siempre se produce tanto en el campo laboral como afectivo inmaterial. En cuanto al importe de la indemnización, añade que no se ciñe a la valoración específica de los daños ocasionados, sino que alcanza un valor tasado y predeterminado por ley (considerando 12°).

En esta sentencia se sostiene la tesis contraria a la procedencia de reparación del daño moral en materia laboral, por considerar que la indemnización tarifada comprende una evaluación anticipada, por parte del legislador, de todos los perjuicios. No obstante, estimamos que este caso no constituía un despido abusivo y, en este contexto, no se contrapone a lo expuesto en este trabajo.

En efecto, en primer lugar se trataba de un despido por incumplimiento grave del contrato y en ningún momento del juicio el trabajador despedido probó que se tratara de un despido abusivo. Aún más, el trabajador sostuvo estar amparado por fuero laboral, por ser representante de los trabajadores en el Comité Paritario de Higiene y Seguridad, y en el proceso se demostró que era el representante del empleador en dicho Comité.

En este contexto, de un término de contrato por causal de caducidad donde no está probado el despido abusivo, efectivamente no procede una indemnización complementaria por daño moral, al tenor del “principio de la extraordinariedad”, explicado en acápites anteriores.

Por ello, compartimos plenamente lo expresado en la sentencia de reemplazo por el ministro Libedinsky, quien concurrió a la revocatoria parcial precisando que las indemnizaciones derivadas del despido injustificado no excluyen que, en casos especiales, si se prueban perjuicios extraordinarios, como lo sería el daño moral experimentado por el trabajador abusivamente despedido, pueda reconocerse una indemnización adicional, no prevista especialmente por la ley laboral. Lo anterior, agrega, no resulta procedente en este caso, ya que no se han acreditado perjuicios excepcionales por concepto

DOCTRINA

de daño moral y, por el contrario, los demostrados no son distintos o mayores que los sufridos por cualquier empleado despedido injustificadamente.

Otra sentencia de interés es la del caso Ortega de la Cruz con Distribuidora de Materiales de Fijación S.A. (DIMAFI S.A.), en una demanda por despido injustificado en el Sexto Juzgado Laboral de Santiago (Rol L-1670-2000).

El actor expresa que se desempeñaba como Jefe de Ventas del demandado y que fue despedido por “Falta de probidad, vías de hecho, injurias y conducta inmoral grave” sin que se expresara las conductas en que habría incurrido, dejándolo en la más completa indefensión al desconocer la causa real de la terminación.

En su demanda, el trabajador despedido solicita, además, la indemnización del daño moral en sede laboral, “fundado en que el empleador utilizó para el despido una de las causales más graves contemplada por el legislador sin señalar en que conductas personales específicas fundaba tales imputaciones, lo que demuestra una motivación antijurídica, con especial intención de dañar, ya que conociendo su trayectoria laboral y el cargo que desempeñaba sabía el grave daño que produciría la aplicación de una causal tan grave como la aplicada”.

Agrega que la causal imputada le ha producido serios perjuicios al tratar de encontrar trabajo, afectándose su estabilidad psicológica y debiendo recurrir a un tratamiento médico especializado.

El demandado explicó que el trabajador cometió apropiación indebida de dineros cobrados a clientes por el pago de facturas y que no ingresó a la contabilidad, infiltrándose en el archivo computacional de la empresa para hacer figurar como pagadas estas obligaciones.

La sentencia precisa que consta en autos que la comunicación de despido al trabajador era incompleta al no expresar las causales invocadas, “única forma de que el subordinado esté en condiciones de preparar su defensa, desconocerlos, impugnarlos o refutarlos”.

Agrega el fallo que tampoco allegó el demandado prueba alguna en orden a acreditar la efectividad de la causal invocada, obrando en autos sólo las pruebas aportadas por el actor. Por otra parte, uno de los testigos declaró que al día siguiente del despido la empresa se encargó de avisarle a las empresas constructoras que el actor había cobrado dineros indebidos a los clientes.

Además, se precisa que en certificado del 19° Juzgado del Crimen si bien se da cuenta de la querrela criminal contra el demandante, no se establece

DOCTRINA

la etapa en que se encuentra el juicio ni que se haya sometido a proceso o condenado al actor.

El demandante, por su parte, adjuntó certificados de empresas donde consta que no lo han contratado por sus antecedentes laborales.

La sentencia de primera instancia condenó al demandado al pago de la indemnización sustitutiva del aviso previo y al pago de una indemnización por daño moral por la suma de 1.500.000 pesos, al estimar que la gravedad de la causal y su aplicación injustificada (no se acreditaron los hechos invocados), además de la conducta de la empresa al difundir los motivos del despido para que no encontrara trabajo, han debido producirle al trabajador sufrimiento y menoscabo que debe ser resarcido. Se tuvo presente, además, la documentación adjuntada por el actor, relativo a las empresas que no lo contrataron por sus malos antecedentes laborales.

Por último, debemos agregar que se condenó en costas a la empresa.

En la segunda instancia, la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago confirmó esta sentencia, el 17 de abril de 2002. Este fallo no fue objeto de recursos de casación.

Si bien esta sentencia no fue impugnada ante la Corte Suprema, es de mucho interés ya que condena en sede laboral a la empresa, estimando que se trata de responsabilidad contractual. Sin duda se trata de un despido abusivo al tenor de lo probado en el proceso.

Por último, citaremos un cuarto caso con sentencia de término de la Corte Suprema de 24 de julio de 2003 (Nº de ingreso 1.726-02).

Se trata de la causa Retamal García con Comercial Automotora del Maule S.A. (COMAULE), donde el actor fue despedido por falta de probidad por haber supuestamente adulterado y falsificado órdenes de compra de combustible, obteniendo con ello ganancias ilícitas.

La empresa fue condenada por despido injustificado y debió cancelar las indemnizaciones del caso. Posteriormente, se presentó una demanda civil de indemnización de perjuicios, en base al aviso de despido y a las actuaciones de la demandada ante la Inspección del Trabajo y durante el proceso laboral, imputando hechos y profiriendo expresiones y afirmaciones en deshonra, descrédito o menosprecio del trabajador.

El demandante precisó que le fueron atribuidos delitos perseguibles de oficio pero falsos y que fue objeto de expresiones deshonrosas por parte de la

empresa, sin que se haya probado la veracidad de lo afirmado, obrando, a lo menos, culposamente.

La demandada citó el art. 2331 del Código Civil en el sentido de que las imputaciones injuriosas contra el honor o crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aun entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación. Agrega que la indemnización del daño moral procede sólo si el juez penal ha declarado previamente que las imputaciones fueron injuriosas.

El actor replicó que la responsabilidad demandada es extracontractual y que el art. 2331 del Código Civil no obsta a la reparación del daño moral ocasionado por las imputaciones injuriosas lesivas al honor, que emana directamente de la Constitución Política. Incluso agrega que podría estimarse inconstitucional dicho precepto. Con todo, explica que el referido art. 2331 debe ser interpretado en forma restrictiva por ser una excepción al principio general del art. 2329.

La sentencia de segunda instancia, de la Corte de Apelaciones de Talca, precisó que la empresa atribuyó al actor la comisión de hechos constitutivos de delito y empleó en su contra expresiones que atentan a su honra.

Agregó que la parte demandada no acreditó en sede laboral la efectividad de tales imputaciones y tampoco en la sede civil, y que se encuentra probado el menoscabo moral del trabajador, por la angustia psíquica y menosprecio de su persona al ver su honor mancillado con tales imputaciones.

La Corte estima que la imputación de un ilícito penal perseguible de oficio y no acreditado en sede judicial, constituye un cuasidelito civil que ocasionó un daño moral extracontractual al demandante, fijándose prudencialmente su reparación en 5 millones de pesos.

La sentencia agrega que el art. 2331 del Código Civil es excepcional y debe interpretarse en forma restrictiva, sin perjuicio de que en la especie no sólo se trata de imputaciones injuriosas sino también calumniosas, las cuales, al ser falsas, justifican plenamente la aplicación de la sanción civil. Precisa, además, que el honor y la integridad psíquica son derechos subjetivos fundamentales y que la empresa actuó en forma negligente y temeraria al imputar a su trabajador conductas que iban en menosprecio de su persona sin haberlas acreditado.

Por último, aclara que no es necesario declarar penalmente la existencia de un delito de calumnia para reclamar del autor del mismo su responsabilidad civil o contractual.

DOCTRINA

Luego, la Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo y confirmó la sentencia de segunda instancia, reduciendo la indemnización por daño moral a 2.500.000 pesos. Hizo presente que el fallo dio por sentado cada uno de los requisitos que determinan el cuasidelito civil que se sancionó, siendo innecesaria una declaración previa de responsabilidad penal por los mismos hechos.

Estas sentencias constituyen un gran avance por reconocer la posibilidad de indemnizar el daño moral por término de contrato, cuando el despido es abusivo, ya sea en sede extracontractual o contractual.

Por el momento predomina la tesis de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la tesis que postulamos en este artículo y que estimamos justifica una revisión del tema en sentencias futuras.

8 – EL DESPIDO ABUSIVO EN EL NUEVO PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS DE LA LEI N° 20.087 (DESDE EL 1° DE MARZO DEL 2007)⁷⁷

En la nueva ley de procedimiento laboral, se consagra una figura especial de despido abusivo (art. 489) cuando es atentatorio de derechos fundamentales.

Se trata del caso cuando la vulneración de los derechos fundamentales se hubiere producido con ocasión del despido. En consecuencia, si se produce un despido por cualquiera de las causales de los arts. 159, 160, 161 y 161 bis y en este acto se transgrede un derecho fundamental podrá accionarse por esta vía. En nuestra opinión, se consagran dos figuras: el *despido atentatorio de derechos fundamentales* y el *despido discriminatorio grave*. El legislador en el art. 485 precisó de qué derechos fundamentales se trata:

- a) A la vida, integridad física y psíquica, siempre que la vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral;
- b) Vida privada;
- c) Honra;
- d) Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada;
- e) Libertad de conciencia y culto;

⁷⁷ Sobre el procedimiento de tutela, ver Gamonal Contreras, Sergio, *El procedimiento de tutela de derechos laborales*, Santiago, LexisNexis, 2007.

DOCTRINA

- f) Libertad de opinión;
- g) Libertad de trabajo;
- h) Derecho a la no discriminación laboral.

En estas situaciones la legitimación activa corresponderá, en forma exclusiva, al trabajador afectado y la denuncia deberá interponerse dentro del plazo de sesenta días contados desde la separación, sin perjuicio de que se suspenderá cuando, dentro del mismo, el trabajador interponga un reclamo por cualquiera de las causales indicadas, ante la Inspección del Trabajo respectiva. El plazo seguirá corriendo una vez concluido este trámite ante dicha Inspección. No obstante lo anterior, en ningún caso podrá recurrirse al tribunal transcurridos noventa días hábiles desde la separación del trabajador.

En todos estos casos se configura una hipótesis especial de despido abusivo, el *despido atentatorio de derechos fundamentales*. Se trata de despidos que vulneran cualquiera de las garantías ya citadas, como por ejemplo, cuando se despide a un trabajador por sus creencias religiosas, por las opiniones que ha manifestado en la prensa, por una falsa imputación que afecte su honra, por su orientación sexual, etc. Otro despido de este tipo es el despido antisindical al cual ya nos referimos en su oportunidad.

Los efectos de este despido atentatorio de derechos fundamentales, serán los que siguen:

- a) El juez decretará el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso;
- b) El juez decretará el pago de la indemnización del art. 163, de años de servicios;
- c) El juez decretará el pago de los recargos del art. 168;
- d) El juez fijará una indemnización adicional no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Por lo tanto, aceptado el despido atentatorio de derechos fundamentales el legislador lo considera injustificado según las reglas generales del art. 168, y además se sanciona al empleador con una indemnización extra con piso de seis y tope de once remuneraciones como máximo, y que es fijada incidentalmente por el juez laboral. Esta indemnización es por el daño material y moral causado al afectado, en especial por este último rubro dado que se trata de derechos fundamentales con una importante incidencia en los intereses extrapatrimoniales del trabajador. En total, por ejemplo, un trabajador con once

años de antigüedad despedido por la causal del art. 160 N° 1 que sea declarada carente de motivo plausible podría obtener una indemnización de 34 remuneraciones: 1 por el preaviso, 11 por años de servicio, 11 por el recargo en un 100% del art. 168 inciso segundo y 11 por la indemnización adicional.

Parte de la doctrina estima que la indemnización adicional es una indemnización sancionatoria y que, por ende, quedaría pendiente la indemnización del daño moral producido⁷⁸. Por el contrario, opinamos que esta indemnización no es una simple tarificación por antigüedad, sino que deja un margen de apreciación importante al juez de la causa, acerca del daño producido, especialmente el moral. De esta forma, el legislador fija un piso y un tope dentro del cual evaluar los daños, recogiendo la experiencia de otros países en los que se ha evaluado el daño moral laboral por medio de la tarifa legal por años de servicios. La norma del nuevo procedimiento, en nuestra consideración, supera el test de constitucionalidad y da seguridad jurídica al empleador.

La otra figura que se consagra en este nuevo procedimiento es el *despido discriminatorio grave*. En estos casos, el despido es declarado discriminatorio por haber infringido el inciso cuarto del art. 2° del Código del Trabajo y, además, es calificado como grave por resolución fundada. Si no es grave pero sí discriminatorio, el despido es solamente atentatorio de derechos fundamentales y se rige por los efectos ya explicados.

Son despidos discriminatorios que efectúan distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, el despido discriminatorio deberá ser grave, o sea el juez deberá sopesar los elementos fácticos de la discriminación, valorando el peso y entidad del daño provocado, como puede ser el caso del despido de un trabajador enfermo de VIH cuya fuente de ingreso es vital para la continuación de su tratamiento.

El despido discriminatorio grave es un despido nulo y por ello el trabajador tiene la siguiente opción:

- a) Opción 1: reincorporarse a la empresa;

78 Ugarte Cataldo, José Luis, "La tutela de derechos fundamentales del trabajador: notas a propósito del nuevo procedimiento", Derecho Laboral, Tomo XLIX N° 221, Enero-Marzo 2006, Montevideo, p. 129.

- b) Opción 2: preferir el pago de la indemnización del inciso cuarto del art. 162 del preaviso, de la indemnización del art. 163, de años de servicios, con los recargos del art. 168, además de la indemnización adicional que determine el juez no inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual.

Respecto de la opción 2, pueden hacerse los mismos comentarios que en el caso del despido atentatorio de derechos fundamentales.

En estos dos tipos de despido abusivo se comprende expresamente la indemnización del daño moral laboral contractual. Estimamos que la mayoría de las acciones se desarrollarán por esta vía. Un vacío importante es la aplicación de este procedimiento al despido indirecto por acciones del empleador atentatorias a derechos fundamentales. En estos casos será más recomendable para el trabajador primero accionar por el procedimiento de tutela requiriendo como medida cautelar la suspensión de los efectos del acto impugnado (art. 492) y su separación transitoria de la empresa (suspensión del contrato de trabajo, arts. 491 y 444) y después solicitar el despido indirecto.

9 – CONCLUSIONES

El daño moral en materia laboral constituye un importante complemento a las indemnizaciones tarifadas contempladas por el legislador.

Aunque es cierto que la tarifa es ventajosa, ya que exime de prueba al trabajador y permite al empleador conocer de antemano los costos del despido, hay casos excepcionales en los cuales debe ser complementada con una indemnización extra, de daño moral, según hemos postulados en el cuerpo de este trabajo.

Es en este sentido que deben entenderse las sentencias chilenas que hemos comentado y las enmiendas legales recientes (ley N° 20.087) que consagran el despido atentatorio de derechos fundamentales, adjuntando una indemnización especial entre 6 y 11 meses de remuneración. Consideramos que esta indemnización es por daño moral, y su base y tope fijan estándares al juez del trabajo con miras a hacer justicia sin por ello desequilibrar en demasía los costos del empleador, sobre todo de la pequeña y micro empresa.

Estimamos, finalmente, que esta evolución del derecho del trabajo chileno es muy importante y fortalece la tutela del trabajador.

DANO MORAL COLETIVO

Arion Sayão Romita*

O tema – dano moral – é vasto, inçado de dificuldades, por ser polêmico e carente de legislação que o regule. A questão do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho tem constituído objeto de estudos doutrinários e as controvérsias por ela suscitadas vêm sendo dirimidas pelos tribunais do trabalho à luz de noções hauridas nos arraiais do direito civil, que encontra no campo do direito do trabalho esplêndida oportunidade de plena aplicação, ante a lacuna da legislação específica (trabalhista) e a inexistência de incompatibilidade com os princípios fundamentais do mesmo direito do trabalho.

Ao revés de incompatibilidade, o que se registra é, na verdade, perfeito ajustamento entre as normas de direito comum que regulam a responsabilidade civil e a legislação do trabalho, porque ambos os ramos do direito em questão deitam raízes, no que tange ao tema em foco, no princípio geral que exalta o valor da dignidade da pessoa humana, projetado, no direito do trabalho, naquilo que vejo como um dos princípios específicos da disciplina, qual seja, a dignidade da pessoa humana do trabalhador, lastreado no preceito constitucional que indica o valor social do trabalho como um dos fundamentos do Estado democrático de direito (art. 1º, IV).

Dada a vastidão do tema – dano moral – que tem constituído objeto de inúmeros ensaios e diversas monografias, preferi selecionar um aspecto particular do assunto: o dano moral *coletivo*.

No dano moral coletivo, o sujeito passivo atingido é uma coletividade. E a reparação deve revestir a mesma característica, revertendo a favor da coletividade cujos sentimentos foram afetados. Utilizo o vocábulo *reparação* em sentido técnico, e não ressarcimento nem indenização, de propósito.

Como ensina Hélio Tornaghi, cumpre distinguir entre restituição, ressarcimento, reparação e indenização. A mais singela forma de composição do

* Presidente honorário da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor titular da UERJ e da UFRJ. Advogado.

DOCTRINA

dano é a *restituição* da coisa. Quando a diminuição patrimonial consiste na privação de um objeto, como no furto ou na apropriação indébita, o primeiro modo de restaurar a situação do lesado é repor em suas mãos a *res furtiva*. O direito positivo brasileiro regula a restituição: CPP, arts. 119 e 120; Código Civil, art. 952. Entretanto, a mera restituição da coisa não cobre todo o dano, pois é de rigor ressarcir o dano por inteiro. O *ressarcimento* é o pagamento do dano patrimonial sofrido, de todo o dano, abrangendo o prejuízo emergente e o lucro cessante. Quando não é possível ressarcir o dano por ter ele caráter patrimonial, fala-se de *reparação*. Trata-se de uma compensação, que serve para reparar o dano, para confortar a dor resultante da ofensa. A reparação ocorre, especialmente, no caso de dano moral, vale dizer, de dano que não acarreta nem direta nem indiretamente qualquer prejuízo patrimonial.

O ressarcimento e a reparação têm cabimento no caso de ato ilícito. Se o dano decorre de ato lícito, não há falar nem num nem noutro, mas em *indenização*. A indenização é o meio de compensar o dano decorrente do ato lícito do Estado, por exemplo, quando desapropria o imóvel de particular. É indenização a importância paga pelo segurador ao segurado, em caso de sinistro. É também indenização o pagamento efetuado pelo empregador ao empregado, em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa (CLT, arts. 477 e 478; Constituição, art. 7º, inciso I). O Código de Processo Penal emprega a palavra indenização no art. 630 com inteira propriedade. Em caso de ser provido o recurso de revisão, surge a evidência do erro judiciário cometido pela sentença recorrida. O tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa *indenização* pelos prejuízos sofridos. Não se pode admitir que o ato do juiz ao condenar, fosse ilícito. O Estado não deve ressarcimento nem reparação, mas a lei permite que se conceda uma indenização.

A nomenclatura em alemão enseja um perfeito entendimento dessas distinções. O dano patrimonial direto é composto pela *Schadenersatz*. *Schade* ou *Schaden* significa dano, prejuízo; *Ersatz* quer dizer substituição, compensação, reembolso. É o que ocorre no dano patrimonial direto: restauração do dano, isto é, ressarcimento. Quando se trata de dano patrimonial indireto, fala-se em *Busse*, pois está em jogo um prejuízo material estimável em dinheiro, ocorrido em consequência de inibição produzida pela dor. Por exemplo, quando alguém, inibido pela dor da injúria, deixa de dar um curso para o qual estivesse contratado. *Schmerzensgeld* é a compensação pela dor sofrida, reparação do dano moral. *Schmerz* significa dor e *Geld*, dinheiro: reparação é o dinheiro da dor, *pretium doloris* (TORNAGHI, Hélio. Processo Penal, 1º vol., Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Fº, 1953, p. 320-324).

DOUTRINA

A legislação brasileira não distingue as hipóteses de ressarcimento, reparação e indenização. O CPP emprega promiscuamente as expressões nos arts. 63 e 64. Nota-se a tendência a empregar o vocábulo *reparação* em sentido amplo, abrangendo o ressarcimento e a reparação *stricto sensu*. No art. 927, o Código Civil parece seguir esta orientação, ao dispor que aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a *repará-lo*. A disposição abrange tanto o caso de dano patrimonial, direto ou indireto, quanto o dano moral ou extrapatrimonial. Entretanto, o Título I do Capítulo que regula a responsabilidade civil tem por epígrafe “Da obrigação de *indenizar*”, como se o vocábulo indenização abrangesse as espécies ressarcimento e reparação.

Dizia eu que uma coletividade, como tal considerada (abstraindo-se a pessoa dos indivíduos que a integram), pode ser atingida pelos efeitos de um ato ilícito, causador de dano moral. Daí a noção de dano moral coletivo. Não só os indivíduos têm direitos: os grupos também os têm. A violação do direito do grupo (ou coletividade) pode gerar dano moral coletivo.

Cumpre distinguir os direitos individuais dos coletivos. Entre os direitos, há uns cujo titular é o indivíduo considerado isoladamente; outros, cujo titular é o indivíduo considerado como membro do grupo; finalmente, há ainda alguns direitos cujo titular é o grupo. Daí a classificação dos direitos em individuais e coletivos. Na primeira categoria, alinham-se aqueles cujo titular é o indivíduo, considerado em si ou como membro da coletividade. Na outra, situam-se os direitos que assistem à coletividade, com abstração dos indivíduos que a compõem.

Historicamente, o indivíduo surge não como sujeito de direito, mas de obrigações. Na Antigüidade, os códigos morais e a legislação (os Dez Mandamentos, a Lei das Doze Tábuas), longe de conferir direitos aos indivíduos, impunham-lhe deveres e obrigações. Nas monarquias absolutas, os súditos tinham o dever de obedecer às leis e à vontade do rei. Só com as declarações liberais e individualistas do século XVIII (Declaração de Virgínia e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) passam os indivíduos a ser titulares de direitos. Nas monarquias constitucionais do século XIX as constituições são outorgadas pelo soberano. Só no regime democrático as decisões políticas passam a ser tomada pelos indivíduos, na acepção coletiva de povo, do qual emana o poder.

A teoria do contrato social é fortemente “produtora” de deveres. Ao entrarem na sociedade, os homens conservam – é certo – alguns direitos naturais, como a liberdade individual e o direito de propriedade, mas eles assumem deveres decorrentes da vida em sociedade. O dever de trabalhar assume uma

DOCTRINA

importância considerável: no estado de natureza, o homem faz o que lhe apraz, mas em sociedade o homem paga com o trabalho o preço do seu sustento. A concepção liberal por vezes sofre o assédio de correntes ideológicas que negam a existência de direitos para promover os deveres. Para o providencialismo de Joseph de Maistre e Louis de Bonald, o homem só tem deveres. Esta concepção foi reiterada, com um fundamento completamente diferente, por Augusto Comte, para quem a sociedade prima sobre o indivíduo (“O homem só tem um direito: o de cumprir o seu dever”).

Quando o indivíduo assume a titularidade de direitos, inverte-se a situação: as liberdades públicas do indivíduo ganham precedência sobre o poder, não mais absoluto, porém tido por emanção da vontade popular. Esta é a grande conquista da democracia, regime no qual cobram relevo os direitos fundamentais. Duas são as concepções formadas em torno do conceito de sociedade: a orgânica (ou organicista) e a individualista. Segundo a primeira, a sociedade é um organismo no qual se integra o indivíduo; de acordo com a outra, a sociedade é o resultado da soma dos indivíduos que a compõem. A diferença entre as duas concepções é palpável: ambas se encontram em oposição inconciliável.

A concepção orgânica da sociedade conduz ao autoritarismo. A noção antiindividualista é a negação da democracia. O regime democrático vive da participação dos indivíduos na criação da vontade estatal. Pontes de Miranda fala em participações do povo na criação da ordem estatal, mas a noção de povo se resolve na soma dos indivíduos que o compõem.

Três critérios são encontrados em sede doutrinária para explicar a oposição entre direitos individuais e coletivos: 1º – quanto ao modo de seu exercício; 2º – quanto ao sujeito passivo do direito; 3º – quanto ao titular do direito.

Os dois primeiros critérios não permitem distinguir de forma nítida os direitos coletivos dos individuais. O primeiro critério (distribuição quanto ao modo de exercício dos direitos) peca porque o exercício da liberdade de associação, embora pressuponha a ação combinada de vários indivíduos, não oculta o fato de que cada indivíduo exerce de maneira concomitante seu próprio direito. E, uma vez criada a associação, cada pessoa tem o direito de a ela aderir ou de abandoná-la. O segundo critério (distinção quanto ao sujeito passivo do direito) também não satisfaz, porque impreciso. Certos limites podem ser opostos aos indivíduos ou à coletividade, segundo o contexto, dependendo do tipo de interesse protegido pelo direito. A comunicação, por exemplo, pode ser vista como um interesse coletivo, mas o direito à liberdade de expressão que a

protege é, sem dúvida, um direito individual. Já o terceiro critério (distinção quanto ao titular do direito) traça *a priori* uma nítida fronteira entre as duas categorias de direitos: a designação de uma coletividade como sujeito ativo de um direito gera problemas específicos, que não surgem quando se trata de um titular individual.

Direitos individuais são apanágio do homem, considerado em sua essência individual. Direitos coletivos são direitos dos grupos, direito da família, da nação, da coletividade local ou regional. São os direitos das coletividades ou direitos difusos, como o direito ao ambiente sadio, ao desenvolvimento, à paz internacional, etc.(direitos da terceira família).

É certo que a noção de dano moral coletivo decorre do reconhecimento dos chamados direitos de solidariedade, concepção atualizada que deita raízes no terceiro termo da trilogia forjada pela Revolução Francesa de 1789: não a liberdade ou igualdade, mas a fraternidade.

Enquanto os direitos de liberdade e de igualdade se dirigem aos trabalhadores individualmente considerados, os direitos de solidariedade se referem aos vínculos que os unem. Seu objeto não reside na pessoa do trabalhador, mas na coesão da comunidade, ainda que visem à preservação do emprego, porque neste caso entra em jogo o interesse social voltado para o sustento do empregado e de sua família, sem onerar os aparelhos assistenciais e de seguridade social.

O vocábulo *solidariedade* é utilizado por diferentes ramos do saber humano e quase não é empregado em escritos jurídicos, ressalvada a categoria das obrigações solidárias (noção de direito civil). Poderíamos sofrer a tentação de supor que a solidariedade é uma noção puramente ideológica, vazia de conteúdo jurídico. Do ponto de vista sociológico, sem cogitar da distinção elaborada por Durkheim entre solidariedade mecânica e orgânica, pode entender-se que ela designa a dependência mútua entre os homens, que faz com que uma pessoa não possa sentir-se feliz e desenvolver-se sem que os demais também o possam. Cabe, assim, cogitar de um princípio de solidariedade, que induz a responsabilidade comunitária na vinculação entre os indivíduos, forçando a tomada de consciência das obrigações recíprocas assumidas pelos componentes do grupo, considerados como tais e não como indivíduos isolados.

A solidariedade revela o duplo aspecto da relação que envolve o indivíduo e a sociedade. Assim como o indivíduo está ordenado à comunidade em virtude da disposição natural para a vida social, assim também a comunidade é ordenada aos indivíduos que lhe dão o ser, porquanto comunidade outra coisa não é senão o conjunto dos indivíduos encarados em sua vinculação social.

DOCTRINA

O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, destaca o papel fundamental da solidariedade, pois se ocupa do estudo das associações sindicais, instituto central de um dos ramos em que subdivide a disciplina: o Direito Coletivo do Trabalho. O associacionismo profissional, que está na base do fenômeno sindical, forma-se em torno do núcleo da solidariedade para fundar a união dos indivíduos entre eles, quer se trate de agregá-los em grupos de interesses quer de assegurar a coesão desses diferentes grupos.

O dano moral coletivo tanto pode afetar o interesse dos indivíduos considerados como membros do grupo quanto o direito cujo titular seja o próprio grupo. Neste sentido, a Lei nº 7.347, de 1985, que regula a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento de dano moral coletivo, ao incluir, no art. 1º, IV, a referência a responsabilidade por danos morais e coletivos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Pode-se, então, entender por dano moral coletivo aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal.

Cabe lembrar, a propósito, disposição expressa de lei vigente no Brasil (art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 1990), em cujos termos entendem-se por interesses ou direitos coletivos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

As características dos interesses difusos e coletivos são bem descritos por Alexandre Agra Belmonte: “Os interesses difusos e coletivos são transindividuais (porque transcendem os interesses privados e pessoais), indivisíveis (quanto ao objeto) e indetermináveis (quanto ao sujeito), como ocorre quanto à manutenção dos serviços essenciais numa greve ou com a necessidade de eliminação de insalubridade em ambiente de trabalho (difuso), ou como a norma que determina o desconto assistencial para associados e não associados (coletivo) ou a alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria”. E enumera hipóteses em que o empregador pode causar dano moral a grupos de trabalhadores: “quando promove trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos; quando deixa de satisfazer o pagamento dos salários, não obstante aplique os recursos

DOCTRINA

empresariais em outros investimentos; quando, deliberadamente, não cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho, colocando em risco a saúde, a vida do trabalhador; quando promove atos discriminatórios às mulheres, por exemplo, revistas íntimas ou imposição de intervenções para esterilizações como condição de continuidade do vínculo; quando promove causas simuladas para acordos de rescisão; quando obtém, por ocasião e como condição da contratação, assinatura em pedidos de demissão ou em termos de quitação assinados em branco; quando discrimina por sexo, raça e religião nas admissões; quando atinge grupo de trabalhadores por racismo ou preconceitos; quando o empregador pratica atos atentatórios da liberdade sindical ou do direito de greve” (BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos morais no Direito do Trabalho*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 167-168).

A casuística respigada na jurisprudência dos tribunais do trabalho não é muito extensa. Não são encontrados acórdãos em grande número, mas certa quantidade de julgados já pode ser localizada nos repertórios especializados, valendo registrar a tendência ao aumento acentuado desses pronunciamentos judiciais. A título exemplificativo, vale mencionar alguns desses arestos.

Na rápida pesquisa empreendida, localizei cinco decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, das quais três do TRT da 8ª Região, uma do TRT da 10ª e outra do TRT da 3ª Região, cada qual versando tema diverso das demais. Creio que vale a pena relacionar os referidos julgados, em rápida síntese da controvérsia fática geradora dos julgamentos em foco.

Iniciarei pelo TRT do Pará e seguirei a ordem cronológica dos julgamentos. No primeiro deles, assinalou o Relator, Juiz convocado Luís José de Jesus Ribeiro, que no caso se vislumbrava “não só uma violação a direitos individuais indisponíveis, mas também e principalmente, violação a interesse coletivo”. A hipótese fática era de violação de direitos transindividuais de ordem coletiva, com desrespeito a normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e ambiente do trabalho e do trabalhador. Decidiu o tribunal ser devida a indenização por dano moral coletivo, “pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causado grandes prejuízos à sociedade”. No caso, entendeu-se que a lesão ao direito dos trabalhadores ultrapassava a esfera do interesse de uma coletividade determinada para alcançar o interesse de toda a sociedade (in *Revista LTr*, vol. 68, fev. 2004, p. 247-250).

O segundo acórdão enfocava a questão do impropriamente chamado trabalho escravo, que o Relator, Juiz Georgenor de Sousa Franco Filho, corrigiu para trabalho forçado. Assinalou desde logo, na ementa, que “caracterizado o

DOCTRINA

trabalho forçado, é evidente o dano moral coletivamente considerado, que vulnera o respeito indispensável a que todo o ser humano tem direito”. Os fatos evidenciavam a existência de dívidas, exploração financeira, dificuldade de acesso ao local de trabalho. Os trabalhadores não poderiam afastar-se ou parar de trabalhar enquanto não acabassem o serviço ou pagassem as dívidas, configurando-se o que, na linguagem da Amazônia, se denomina aviamento, pelo qual se cria um vínculo de dependência econômica em que o trabalhador jamais paga a dívida e se transforma numa espécie de servo. Afirma o julgado que “a prática do trabalho forçado viola um dos mais importantes fundamentos da República Federativa do Brasil, qual o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição)” (in *Revista LTr*, vol. 69, nov. 2006, p. 1388-1391).

O terceiro acórdão enfrentou a questão do desrespeito às normas de segurança do trabalho, ocorrendo acidente do trabalho que causa a morte de empregado. Salienta na ementa o Relator, Desembargador Federal do Trabalho Marcus Augusto Losada Maia, que “o empregador tem a obrigação legal de proporcionar segurança e saúde no trabalho aos empregados, de maneira que foi o responsável pelo acidente que acarretou a morte de um dos seus operários, pelo que é devida indenização por dano moral coletivo”. O pedido formulado na inicial voltava-se a atender direito coletivo, porque “a conduta da empresa teria ofendido sentimento de toda a coletividade” (in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho* da 8ª Região, vol. 39, nº 76, jan./jun. 2006, p. 205-212).

O acórdão proferido pelo TRT da 3ª Região (Minas Gerais) tratou dos direitos difusos dos portadores de deficiência, visando a ensejar o acesso deles ao mercado de trabalho. Entendeu-se que o empregador tem obrigação de contratar pessoas portadoras de deficiência e que a violação desse dever jurídico gera dano moral coletivo, ensejando o pagamento de indenização. Salientou o relator, Juiz Irapuan de Oliveira Teixeira Lyra, que cabe à Justiça do Trabalho “interferir direta e efetivamente na liberdade empresarial, quanto à seleção de seus empregados, obrigando à celebração de contratos de trabalho com pessoas de tal condição” (in *Revista IOB – Trabalhista e Previdenciária*, nº 212, fev. 2007, São Paulo: IOB Thomson, p. 134).

O quinto e último acórdão pesquisado foi proferido pelo TRT da 10ª Região (Distrito Federal), em questão na qual se debateu a legitimidade de um tribunal privado de mediação e justiça arbitral para arbitrar dissídios individuais do trabalho. Salientou a Relatora, Juíza Elke Doris Just, que “a conduta dos réus na prática de arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas é ilegal e esta conduta, por si só, ofertada à comunidade, ofende a ordem social”. Destacou, na ementa, que “ofende o sentimento comunitário a conduta de quem expõe, intencionalmente, aparência de oficialidade que sabe não ter. Ilude o

DOUTRINA

sentimento do cidadão comum que confia na conduta oficial e a ela se sujeita”. E acrescentou: “Toda a comunidade ficou exposta a esta conduta, daí a existência do dano moral coletivo”. Os réus foram condenados a se absterem de promover arbitragem envolvendo direitos individuais trabalhistas, sob pena de multa de R\$ 10.000,00 por arbitragem realizada e ainda a pagar indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 30.000,00, valor a ser revertido em favor do FAT (in *Revista LTr*, vol. 68, nov. 2004, p.1400-1403).

Os exemplos jurisprudenciais aqui coligidos demonstram de forma eloqüente que o reconhecimento do dano moral coletivo é, hoje, no Brasil uma realidade.

DANOS MORAIS: O CONCEITO, A BANALIZAÇÃO E A INDENIZAÇÃO

Guilherme Augusto Caputo Bastos*

“... Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva...”

É com a fórmula proposta por Caio Mário da Silva Pereira¹, enormemente difundida no meio jurídico, que inicio esta breve reflexão sobre um dos aspectos vinculados ao dano moral que se me apresentam mais polêmicos, dada a falta de parâmetros objetivos para sua abordagem.

Intentando priorizar o estudo da quantificação da indenização, abordarei, num primeiro momento, a própria conceituação do comentado instituto, focalizando, outrossim, a preocupação inegavelmente havida no cenário jurídico nacional – inclusive no âmbito da Justiça do Trabalho – quanto ao reprovável fomento da chamada “indústria das indenizações”.

Permitindo-me, então, regressar ao conceito desse destacado e especialíssimo tema, creio que possamos definir o dano moral como toda e qualquer lesão aos valores magnânimos, juridicamente tutelados, de uma determinada pessoa, que lhe cause prejuízos de ordem imaterial e, em princípio, sem conteúdo econômico.

Relevante, nesse diapasão, professar que uma pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é (Ihering). Essa constatação, que embasou a formulação da Teoria das Dívidas de Valor, constituiu verdadeiro avanço para o mundo jurídico, porquanto suscitou o raciocínio de que as lesões aos valores imateriais, inerentes à personalidade humana, não obstante a evidente destituição de conteúdo econômico, mereciam a devida reparação, pois, nas palavras de Ihering, “(...) a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à

* Juiz do TRT da 23ª Região.

1 *Responsabilidade Civil*. 1990. p. 63-64, apud THEODORO Jr., Humberto. *Síntese Trabalhista*, n. 84, jun. 1996.

DOCTRINA

dignidade, a tudo isso enfim, que sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São Direitos que decorrem da própria personalidade humana. São emanações diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana”².

Enquanto, porém, se percebe uma maior conscientização por parte dos trabalhadores e dos cidadãos em geral no sentido de buscarem no Poder Judiciário a reparação dos danos causados a seus valores imateriais, observa-se, com preocupação, que não raros têm sido os pedidos despropositados e em somas desproporcionais aos respectivos danos.

Introduzida, afinal, no texto constitucional (art. 5º, V e X), tornou-se a indenização em tela um dos pedidos mais freqüentes em ações judiciais, reportando-se, de quando em quando, a cifras astronômicas.

Tais abusos, consistentes em pleitos expressos em montantes absurdos, podem, com a eventual conivência de magistrados menos atentos à efetiva configuração do dano moral, conduzir à banalização do instituto e, ato contínuo, à marginalização do pedido de indenização.

Ao formularem pretensões exorbitantes, inspiram-se os requerentes, no mais das vezes, no propalado sistema norte-americano, olvidando a marcante diferenciação havida entre o direito estrangeiro e o ordenamento jurídico nacional.

Naquele sistema, as milionárias indenizações não advêm, tão-só, da função compensatória da reparação do dano. Ali se somam, em decorrência de um mesmo dano, o *quantum* fixado a título de “danos compensatórios” – correspondentes não só aos *danos morais* (vinculados à satisfação simbólica da vítima), como também aos *danos materiais* – e o montante relativo ao instituto dos chamados “danos punitivos” (“punitive damages”), também denominados “danos exemplares” ou “danos vingativos” (“exemplary or vindictive damages”).

Como bem assinala Osny Claro de Oliveira Junior, “(...) no dito sistema alienígena, agrega-se ao valor estritamente compensatório direcionado à satisfação relativa da vítima – aqui expressão do atendimento ao interesse particular – um valor punitivo concernente ao comando repreensivo e vingativo

2 *Apud* SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de Direito do Trabalho*. LTr, 2000. p. 632.

DOCTRINA

imposto pelo interesse social, a título sobretudo exemplar, dando-se por forma diferida a aferição dos valores pecuniários: primeiro, fixa-se o montante compensatório e depois estabelece-se o ‘dano punitivo’”³.

Em regra, aliás, os “danos punitivos” ultrapassam, em muito, o valor fixado a título de compensação. Em “Grefer vs. Alpha Technical Services Inc.” (Corte Distrital de Los Angeles, processo n. 97-15003), *v. g.*, a indenização por danos materiais e morais foi fixada em US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares), enquanto a indenização por “danos punitivos” alcançou a cifra de US\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de dólares)⁴.

Como um *plus*, volta-se o citado instituto (“punitive damages”) a impor efetiva pena ao infrator, condenando-o, em virtude de sua conduta cruel, imprudente, maliciosa ou opressiva, a uma indenização em patamar superior ao supostamente necessário à compensação da vítima⁵. Tal indenização, a propósito, é fixada, em regra, por júri popular, composto por cidadãos comumente leigos, que, seguindo critérios não sistematizados, culminam, por vezes, por levar à bancarrota o ofensor – ou suas seguradoras – e por promover, em paralelo, o enriquecimento sem causa da vítima. Não por outra razão, aliás, o instituto em comento tem sido alvo do movimento denominado “tort reform”, que propõe sua reformulação.

As distorções geradas por tal discricionariedade levou à criação do prêmio Stella Awards (<http://www.stellaawards.com>), assim denominado em homenagem à vítima de uma famosa rede de *fast-food* que recebeu indenização no valor de US\$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares) por ter derrubado em si mesma café “quente demais” servido em uma das lanchonetes. O destacado prêmio é concedido anualmente e já foram agraciados, *v. g.*, casos como o da mãe que tropeçou no próprio filho em uma loja de móveis e recebeu dessa mesma loja indenização fixada pela Corte do Texas em US\$ 780.000,00 (setecentos e oitenta mil dólares); da moça que recebeu US\$ 12.000,00 (doze mil dólares), acrescidos do valor correspondente às suas despesas odontológicas, por ter caído da janela do toailete de uma casa noturna quando tentava por ali

3 *O caráter punitivo das indenizações por danos morais: adequação e impositividade no direito brasileiro. Jus Navigandi.*

4 *Top Plaintiff's Verdicts.* Disponível em: <<http://www.law.com>>. Acesso em: 11 fev. 2002, *apud Indenizações milionárias – o caráter punitivo da indenização por dano moral.* Revista Consultor Jurídico. 06 jul. 2002.

5 *Black's Law Dictionary, apud Indenizações milionárias – o caráter punitivo da indenização por dano moral,* Revista Consultor Jurídico, 06 jul. 2002.

fugir para furtar-se ao pagamento do *couvert* (Corte de Dalaware); do assaltante da Pensilvânia que, ao tentar sair da casa então roubada, ficou acidentalmente preso por 8 (oito) dias em cômodo no qual apenas havia refrigerantes e ração, tendo recebido, em virtude da angústia sofrida, US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) do proprietário do imóvel, e do motorista de Oklahoma que, acionando o piloto automático de seu automóvel, deslocou-se para o banco traseiro do veículo – a intenção era preparar um café –, o qual saiu da estrada, vindo a capotar. O motorista em questão foi indenizado com um novo automóvel e com a quantia de US\$ 1.750.000,00 (um milhão setecentos e cinquenta mil dólares). O manual do veículo, afinal, não desaconselhava o abandono da direção. Verídicos, como se afirma, ou lendários – como quero crer –, tais casos culminam por macular o instituto dos “danos punitivos” e por desdourar, mesmo de soslaio, a própria pretensão atinente à reparação dos “danos compensatórios”, impondo às vítimas de efetivos danos o estigma da avidez. É, por assim dizer, a própria desmoralização da real vítima do dano moral.

Já no Brasil, é bem verdade que a doutrina e a jurisprudência pátrias têm, predominantemente, proclamado o entendimento de que a obrigação de reparar o dano moral, embora tenha por finalidade precípua a “compensação” do dano causado – como forma de atenuar-se a dor, o sofrimento –, tem em seu âmago uma razoável carga pedagógica no sentido de inibir, a custo financeiro, ações que vilipendiem os bens mais preciosos da pessoa humana. Vincula-se a reparação, portanto, ao binômio “compensação/desestímulo” (teoria eclética). Não obstante, o fator atinente ao desestímulo envolve noção distinta da relativa aos “punitive damages”. Conquanto, afinal, não se negue aplicabilidade à Teoria do Valor do Desestímulo – segundo a qual o magistrado, na imposição da indenização relativa aos danos morais, deve fixar valor capaz de dissuadir a reincidência –, fato é que a acepção com que é aceita não importa o caráter predominantemente vingativo com que compreendido o instituto americano.

Não há negar, por certo, possa a vítima comprazer-se com a perda material imposta a seu ofensor. É da natureza humana o sentimento de vingança. Banida do ordenamento jurídico a Pena de Talião (“olho por olho, dente por dente”), o revide em direção ao bolso promove-lhe, por vezes, a merecida desforra. Tal é, porém, o enfoque comum à vítima. Sob a óptica do operador do Direito, contudo, apenas de viés estabelece-se a vingança.

Oportuna, nesse passo, a lição de Osny Claro de Oliveira Junior⁶:

6 Ob. cit.

DOCTRINA

“No Brasil destaca-se o caráter punitivo como fator de desestímulo por meio da imposição de um valor suficiente a servir como uma efetiva punição ao agente lesante, a ponto de demovê-lo de novas práticas lesivas da mesma espécie ou diversa.

Frisamos que falar em desestímulo não implica em admitir a imposição de vingança, pois quem se vinga não quer, em primeira linha e primordialmente, educar o agressor, mas apenas retrucar-lhe o mal causado com outro mal que o aflija.

Desestimular é fazer perder o estímulo, ou ao menos esmaecer a incitação ou propensão do indivíduo às atividades aptas a causar danos morais.

Punir é impor reprimenda, castigar.

Aquele é o fim almejado; este é o meio utilizado.

Pune-se o indivíduo para desestimulá-lo da prática infracional.”

Demais, diferenciam-se os institutos americano e brasileiro por englobar, aquele, parcelas indenizatórias independentes (“danos compensatórios” e “danos punitivos”), enquanto neste há uma só indenização a ser paga (“danos morais”), cujo montante assenta-se no binômio “compensação/desestímulo”. Naquele sistema, como já salientado, a indenização, no mais das vezes, é fixada por júri popular – em regra, mais suscetível às influências do apelo emocional –, enquanto no ordenamento brasileiro a árdua tarefa de “mensurar-se” a dor – como se mensurável fosse – e “educar” o agressor é atribuída aos magistrados. Em síntese, diferenças há que, bem a propósito, em certa dose refoam, em nosso país, a imposição de tão vultosas indenizações e a descomunal valorização de meros dissabores quotidianos.

Mesmo aqui, entretanto, vem, em menor grau, tomando corpo a famigerada “indústria das indenizações”. Consoante pude ressaltar alhures, não raros têm sido os pedidos despropositados e em somas desproporcionais aos respectivos danos. Dentro desse contexto, incumbe ao Poder Judiciário conter os abusos pretendidos, sopesando prudentemente as circunstâncias dos casos concretos e resistindo à banalização.

Lapidar decisão nesse sentido foi proferida pelo Juiz de Direito Amílcar Guimarães quando do julgamento de processo no qual o autor, a caminho do caixa, percebeu que a carne suína que viria a comprar estava estragada. Vez outra, constatou, já a caminho de sua casa, a iteração do problema. O magistrado, embora tenha considerado “estranhíssimas” as circunstâncias em que adquirida

a segunda bandeja de carne suína, admitiu como verídicos os fatos narrados na peça de intróito. A despeito disso, pontificou:

“Estes fatos indicam que a única indenização a que tem direito é a restituição dos valores pagos pela carne suína, por vício redibitório, ou a troca da mercadoria por outra de boa qualidade, e só.

Se a ré pôs à venda carne suína estragada deve submeter-se às sanções administrativas da autoridade sanitária. Excluindo o prejuízo material pelo valor pago pela carne, não vejo de que forma isto possa ter causado ao autor um dano a sua moral ou a sua dignidade pessoal; de que forma possa ter sofrido internamente ao ponto de pretender escalafobética quantia de R\$ 325.000,00 como reparação de tão intensa dor. Dizem os médicos que a maior dor que o ser humano pode suportar antes do desmaio é a da pancreatite. Seria então necessária uma ‘pancreatite moral’ para justificar o pagamento de tão elevada indenização. Aliás, por R\$ 325.000,00 eu mesmo comeria as duas bandejas de carne de porco, apesar de estragada, com bandeja e tudo.

A pretensão do autor, por si só, já revela sua intenção de locupletar-se indevidamente do patrimônio da ré. Nós, Juízes, temos o dever de dismantelar a indústria do dano moral que hoje se tenta instalar neste Estado, pois esta atividade maléfica não só entope as varas com lides insinceras, como põe em risco as demais atividades econômicas, que geram empregos, riqueza e pagam seus impostos.”⁷

Consumidora de achocolatado *light*, afirmando haver engordado 5 (cinco) quilos em 8 (oito) meses e atribuindo seu ganho de peso a suposta erronia em informação constante do rótulo do produto – vício e nexa causal não comprovados–, pleiteou indenização por danos morais em razão da alegada afronta à sua auto-estima, à sua moral e ao seu intelecto. Em análise a referido pleito, a Juíza de Direito Rosângela Carvalho Menezes ponderou: “A situação não alcança a repercussão que a autora procura lhe emprestar. Ademais não é qualquer dissabor, qualquer incômodo que dá ensejo à reparação do dano moral”⁸.

Conquanto menos jocosos, também a Justiça do Trabalho tem seus exemplos de tentativas de banalização. Exemplo dos mais pitorescos é o do dano moral supostamente sofrido por jogador de futebol cujo time não participou

7 1ª Vara Cível de Belém/PA, processo n. 2001.1.013374-5.

8 Vara Cível de Garibaldi/RS, processo n. 10.300.025.611.

da segunda fase do campeonato em que vinha competindo. Requereu, como forma de reparação da dor sofrida, indenização à base de 100 (cem) vezes o valor de seu salário. Todavia, relatando o feito na colenda Corte Trabalhista, asseverou o Ministro Ives Gandra Martins Filho não ter havido, na hipótese, lesão à moral ou à dignidade do jogador, vez que a participação de seu time na fase final da competição constituiria sonho e expectativa fundada em evento futuro e incerto, não malferindo a interrupção da escalada sua honra subjetiva ou objetiva⁹.

Em caso de minha relatoria, enquanto atuando, mediante convocação, na mesma colenda Corte, deparei-me com supervisor de vendas que reclamou indenização por danos morais correspondente a 100 (cem) salários mínimos por ter utilizado sua ex-empregadora gravação em vídeo na qual, *espontaneamente*, ministrara palestra direcionada ao treinamento de vendedores. Do acórdão regional já se colhia o expresso registro da constatação de que a exibição do vídeo apenas demonstraria seus vastos conhecimentos na área de vendas, não impondo à sua imagem qualquer ranhura. Entendendo não configurado o pretense dano moral – mormente porque não demonstrado nos autos qualquer dano à sua imagem social (honra objetiva) ou à sua estima própria (honra subjetiva) –, houve por bem o órgão julgador fracionário, por unanimidade, negar provimento ao apelo obreiro¹⁰.

Em outro norte, propus a majoração da condenação imposta a uma indústria de bebidas por obrigar o empregado à prática de danças populares com vestimentas femininas, imitações de bichos, utilização de chapéu de burro e nariz de palhaço, bem como a ficar em pé, voltado para a parede, a fazer uso de bebidas com data de validade ultrapassada e por permitir fossem-lhe dirigidos xingamentos de baixo calão. Assinalei, então, a reprovabilidade da conduta do empregador que trata mal seus empregados, “(...) quebrando-lhes, de forma violenta e odiosa, a auto-estima, expondo-os ao ridículo perante a comunidade de companheiros e ferindo a sua dignidade da maneira mais cruel possível. Não há bilateralidade em contrato algum que consinta nessa prática que deve ser definitivamente varrida da vida empresarial”. Aquiescendo, a colenda 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho aumentou para R\$ 66.660,00 (sessenta e seis mil seiscentos e sessenta reais) – *quantum* correspondente a aproximadamente 50 (cinquenta) salários do obreiro – o valor anteriormente fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)¹¹.

9 TST-RR-343/2005-654-09-00.9, *apud* <<http://www.tst.gov.br>>, ASCS/TST.

10 TST-AIRR-766/2001-090-15-40.1, 1ª Turma.

11 TST-RR-18457/2003-003-09-40.6.

Muito embora não retratem, especificamente, o fenômeno da banalização, numerosas são as ações em que se pleiteia, em decorrência da dispensa imotivada, indenização por danos morais. Tem-se, num primeiro momento, que o “desemprego”, considerado isoladamente, pode ensejar aflição à alma e atingir a moral, a imagem, a honra do indivíduo. Vem do cancionero popular: “sem o seu trabalho, o homem não tem honra, e sem a sua honra, se morre, se mata”¹². Não obstante, por mais relevante que se mostre tal gravame, a dispensa imotivada, *per se*, não determina a paga de indenização por danos morais, haja vista traduzir, por via de regra, direito postestativo legalmente assegurado ao empregador. Constatando-se, porém, que a dispensa imotivada reveste-se de caráter discriminatório – como em casos envolvendo idosos ou soropositivos –, creio ser irretorquível o direito do obreiro à comentada indenização. Aliás, o próprio legislador, reconhecendo a gravidade do ato em hipótese tal, editou a Lei nº 9.029/1995, denotando respeito ao princípio da igualdade ao dar vazão ao axioma segundo o qual hão de ser tratadas desigualmente, na medida em que se desiguam, as situações desiguais.

Mesmo a má aplicação da dispensa por justa causa não enseja, por si só, o dever de indenizar. Nos termos da atual jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do país, apenas a justa causa levemente imputada outorga ao empregado o direito à indenização, a tanto não se prestando a mera infirmação do motivo da dispensa. Outorgam-lhe tal direito, ainda, eventuais excessos que venha a cometer seu empregador – publicidade excessiva, por exemplo –, ainda que reconhecida a existência de justa razão para o despedimento.

Há, portanto, casos e casos. De qualquer forma, creio ser preocupação hoje constante no âmbito do Poder Judiciário a contenção dos abusos eventualmente tentados por quem tenciona, fundamentalmente, o fácil enriquecimento.

Passando, então, ao exame do problema referente à quantificação da indenização por danos morais, releva frisar-se que ao longo do tempo vêm sendo propostos critérios os mais variados para a fixação do montante indenizatório.

Com o *tabelamento*, *v. g.*, propõe-se a imposição de limites mínimo e máximo às indenizações por danos morais, tomando-se como parâmetros elementos como a gravidade do dano, a situação econômica dos envolvidos e seu grau de discernimento.

12 GONZAGUINHA. *Guerreiro menino*.

DOCTRINA

Curiosa, nesse passo, a fórmula proposta por Clayton Reis¹³, consolidada em equação matemática. Ao tempo que surpreende, retrata a preocupação do operador do Direito com o subjetivismo na fixação do *quantum* indenizatório:

$$VI = \frac{SE(v) + (MD)^2 - QE(r)}{SE(r)}$$

ELEMENTOS DA EQUAÇÃO:

VI = Valor da Indenização.

SE(v) = Situação Econômica da vítima.

SE(r) = Situação Econômica do réu.

MD = Magnitude do Dano.

QE(r) = Quociente de Entendimento do réu.

TABELA DE VALORES:

Situação Econômica da vítima – SE(v):

Péssima = 800 – 1.000

Ruim = 1.001 – 1.200

Razoável = 1.201 – 1.400

Ótima = 1.401 – 1.600

Excelente = 1.601 – 1.800

Situação Econômica do réu – SE(r):

Péssima = 90 – 100

Ruim = 70 – 80

Razoável = 50 – 60

Boa = 30 – 40

Excelente = 01 – 20

13 *Avaliação do dano moral*. Editora Forense, 1998. p. 113-114, *apud* DIAS NETO, Alfredo. *Indenização por danos morais contra Caixa Econômica Federal: quantificação. Jus Navigandi*.

DOCTRINA

Magnitude do Dano – MD:

Levíssimo = 0 – 25

Leve = 26 – 50

Grave = 51 – 75

Gravíssimo = 76 – 100

Quociente de Entendimento do réu – QE-r:

Inferior = 700 – 1.000

Médio = 500 – 700

Elevado = 300 – 100

Superior = 100 – 0

Sem advogar a redução a fórmulas aritméticas, mas preocupado com a ausência de parâmetros para a fixação do valor indenizatório, propõe o Ministro João Oreste Dalazen sejam disciplinadas, mediante legislação infraconstitucional, as previsões constantes dos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, fixando-se patamares mínimo e máximo e delineando-se, objetivamente, os elementos para a aferição e a dosagem do valor do dano moral. Equilibrar-se-iam, assim, os sistemas *tarifário* e *aberto*, pois “(...) qualquer extremo é desaconselhável: ‘in medio virtus’, ensinavam os latinos”¹⁴.

Caminha o Congresso Nacional na direção alvitrada. Já aprovado pelo Senado Federal, hoje tramita na Câmara dos Deputados, em regime de prioridade, o PL nº 7.124/2002 (antigo PLS nº 150/1999), que dispõe sobre os danos morais e sua reparação. Se aprovado, ao cabo do processo legislativo comprará o ordenamento jurídico pátrio norma prevendo faixas de indenização assim escalonadas:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).”

14 Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Vol. 65, n. 1, p. 81, out./dez. 1999.

DOCTRINA

Referido projeto de lei preceitua, ainda, que o juiz, ao apreciar o pedido, considerará “o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa”, também prevendo como parâmetros para a fixação da indenização “a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso”. Em análise sistemática, concluo, particularmente, voltarem-se os primeiros parâmetros ao enquadramento do dano em níveis de gravidade (enquadramento vertical) – razão por que ouse nomeá-los “primários” –, prestando-se os demais, em conjunto com aqueles outros, à fixação do *quantum* indenizatório dentro da respectiva faixa (enquadramento horizontal) – razão pela qual os classifico como “secundários”.

De qualquer forma, em que pese à louvabilidade da iniciativa em destaque – mormente porque a absoluta discricionariedade outorgada aos magistrados pode levar, por vezes, a rematado arbítrio –, tenho por demais perigosa a fixação desses patamares de indenização pelo legislador, preferindo acreditar que o Poder Judiciário, pelo diuturno contato com o tema, tenha melhores condições de dispor a respeito.

De mais a mais, verifico ao menos dois vícios no tabelamento proposto pelo Senado Federal: a) a fixação de valores em *reais* não se revela, a meu ver, a melhor solução, dada a freqüente desvalorização da moeda; b) o escalonamento planejado, porquanto preso verticalmente aos mencionados parâmetros “primários”, compromete sobremaneira a missão do juiz ao estipular, *v. g.*, compensação a ofensa de natureza *grave* em hipótese na qual seja de piso a situação econômica dos envolvidos. Note-se, a propósito, que, independentemente da situação econômica dos envolvidos, a ofensa, em hipótese tal, continuará sendo havida por grave e assim classificada (enquadramento vertical). Grave para o rico, grave para o pobre. Todavia, apenar-se o ofensor com indenização fixada no limite mínimo de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) – fixação à vista do parâmetro “secundário” atinente à situação econômica dos envolvidos (enquadramento horizontal) – não me parece atitude das mais ponderadas.

Não pretendo afirmar, com isso, que a moral do rico valha mais que a do pobre – conclusão, *per se*, abjeta –, mas reconheço, sem ilusão, a inexequibilidade de condenação tal.

Melhor seria, neste prisma, a inserção de “brecha” a que o julgador, quando o reclamassem as peculiaridades do caso concreto, pudesse, mediante fundamentação expressa (art. 93, IX, da Constituição Federal), fazer sobrelevar o critério subjetivo ao objetivo, decidindo por equidade e assim relegando, excepcionalmente, a aplicabilidade do enfocado tabelamento.

Tratando a questão sob outro enfoque, o Ministro César Asfor Rocha propôs solução símile à ora prescrita, asseverando ser favorável ao estabelecimento de limites, mas propalando ser possível, em razão do quanto disposto na Constituição Federal, a fixação de indenização em valores superiores a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais). São seus, a propósito, os seguintes dizeres: “Mas a Constituição determina que a reparação deve ser ampla e total e, em alguns casos, poderá ser superior a R\$ 180 mil”. Concluindo, “A solução seria uma ‘brecha’ na legislação que contemplasse as situações excepcionais merecedoras de indenização superior ao teto”¹⁵.

Entre os tantos méritos do comentado tabelamento, destaco, primordialmente, a intenção com que proposto; os parâmetros “primários” e “secundários” ali estabelecidos e a estipulação de faixas de compensação razoavelmente amplas, dentro das quais se desloca o arbítrio do magistrado (conjugação, portanto, dos critérios denominados “tabelamento” e “arbitramento”). Taxação fixa, a meu ver, constituiria manifesto disparate. Reputo questionável, contudo, o teto máximo ali estabelecido (R\$ 180.000,00 – cento e oitenta mil reais), que se me afigura, se não inconstitucional, aquém do razoável.

A despeito daqueles salutar méritos, ainda assim tomo o *arbitramento judicial* como o melhor critério para a fixação do montante indenizatório.

A adoção desse critério pelo atual sistema jurídico brasileiro funda-se na irrefutável premissa de que o dano moral não possui medida física, donde despropositada eventual positivação do “pretium doloris”. Comete-se à discricionariedade do magistrado, então, o encargo de fixar indenização que venha lenir a dor experimentada pela vítima, assegurando-se-lhe satisfação que lhe recomponha, de forma relativa e transversa, o complexo anímico e desestímule, por via oblíqua, condutas ofensivas ao patrimônio ideal do indivíduo. Vale a máxima popular segundo a qual “cada caso é um caso”.

Quem, melhor que o juiz, para avaliar as circunstâncias do caso concreto e, imbuído de empatia, conjecturar um prazer lenitivo? Ao juiz são dirigidos

15 Folha Online. 17 jun. 2002.

DOCTRINA

pelas partes seus argumentos; o juiz é quem as interroga; é o juiz o destinatário das provas; é a ele dada a análise da matéria fática; é ele quem, conhecedor da situação socioeconômica e dos antecedentes do réu, pode, com maior segurança, aquilatar a medida da dissuasão. Demais, seu diuturno contato com o tema garante-lhe, como afirmei alhures, melhores condições de estabelecer justa compensação às vítimas do dano moral.

Críticas há ao critério em comento. Teme-se que se degenere em pleno arbítrio. Teme-se que tal arbítrio não possa ser reparado pela estreita via recursal. A tanto respondo com citação de Joselito Rodrigues de Miranda Júnior: “Tal crítica não procede porque, como visto anteriormente, o arbitramento dos danos morais está subordinado ao princípio da motivação das decisões judiciais, estatuído no art. 93, IX, da Constituição Federal, e ao princípio da razoabilidade. Do contrário, não seria arbitramento e sim arbitrariedade, prática incompatível com o Estado Democrático de Direito e causa de nulidade dos atos jurisdicionais”¹⁶.

A propósito, em hipóteses manifestamente afrontosas à razoabilidade, têm os tribunais revisado os valores originalmente arbitrados a título de indenização por danos morais. Exemplo de majoração é o referente ao feito TST-RR-18457/2003-003-09-40.6, a que me referi anteriormente. Já como exemplo de minoração, cito as decisões prolatadas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão e pelo colendo Superior Tribunal de Justiça no célebre processo em que o Banco do Brasil S/A foi condenado pelo juízo de origem a pagar a uma vidraçaria indenização no importe de R\$ 258.000.000,00 (duzentos e cinquenta e oito milhões) em decorrência da indevida devolução de um cheque em valor equivalente a 3,48 salários mínimos. Tal importância foi reduzida pela egrégia Corte Regional a R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais) e, sucessivamente, a 20 (vinte) salários mínimos pela colenda Corte¹⁷.

Ressalvadas, então, excepcionais arbitrariedades – corrigíveis a tempo e modo –, tenho comigo que se centra o problema do arbitramento na ausência de parâmetros específicos que possam balizar a atuação do juiz na fixação de valor que, simbolicamente, repare a dor sofrida, a imagem manchada, a honra aviltada e todo mal eventualmente causado ao patrimônio ideal do indivíduo.

16 *Dano moral – critérios de quantificação*. Jus Podivm. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

17 REsp-222522/MA.

DOUTRINA

A fixação desse valor reclama extrema prudência, vez que o bem lesado (a dignidade, a honra, o sentimento, o nome, etc.) não possui dimensão econômica, o que dificulta, sobremaneira, a função do juiz.

O juiz caminha ladeado à dificuldade, tantas as dessemelhanças com que se defronta na leitura dos autos. Dificuldades, porém, são palco de criações. E como bem lembrava o insigne Miguel Reale, “(...) se há algo que caracteriza a Ciência do Direito de nossos dias é a opção pelos modelos jurídicos abertos, os quais deixam amplo campo de decisão a cargo dos juízes e administradores como aplicadores ou operadores das leis, por se reconhecer que a complexidade e dinamicidade do mundo contemporâneo não comporta uma legislação cerrada, na qual tudo se encontre previsto e disciplinado, nem juízes destituídos de participação criadora”¹⁸.

Em ensaios anteriores, recordei o adágio segundo o qual “cautela e caldo de galinha não fazem mal a ninguém”. A contribuição, portanto, vem do povo. Pautando-se com cautela e bom senso, garantirá o magistrado racional balizamento em sua atuação.

Contribuição outra, conquanto modesta, pude ofertar ao sugerir que o magistrado, em primeiro lugar, se afastasse do desejo de formular cálculo matemático para alcançar algo que, por essência, é incomensurável – e aqui rogo vênias a vozes divergentes, salientando que a opinião ora expressa vem apenas fomentar tão edificante debate; em segundo lugar, levasse em conta o ambiente cultural e as exatas circunstâncias do caso em que se deu a lesão, bem como a situação econômica do lesante e do lesado; em terceiro, considerasse a intensidade do ato com vistas a verificar, o quanto possível, sua gravidade e sua extensão; em quarto, se atentasse aos antecedentes do lesante¹⁹. Parâmetros igualmente recomendáveis, a meu ver, são os previstos no PL nº 7.124/2002, mencionados linhas atrás, como também a preocupação com o fator atinente ao “desestímulo”, que compõe o binômio em que se assenta a obrigação de reparar-se o dano.

Tal fator, aliás, toma vulto na escola de João Oreste Dalazen²⁰ ao lembrar Nerácio, citado por Roberto Lyra: o romano “(...) passeava pelas ruas de Roma,

18 *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p.75-76, *apud* MIRANDA Jr., Joselito Rodrigues de. *Dano moral – critérios de quantificação*. Jus Podivm. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

19 *O Dano Moral no Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003, p. 59.

20 *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Vol. 65, n. 1, p. 80, out./dez. 1999.

DOCTRINA

acompanhado de um escravo, encarregado de pagar a taxa legal pelas bofetadas que se divertia em vibrar nos transeuntes”²¹.

Ainda a respeito, já pude asseverar que, na leitura do que mexe com a dignidade das pessoas, a solução há de vir impregnada do rigor da lei e da indignação dos justos, sem onerar-se excessivamente o que errou, mas alertando-o, com razoável energia, para que não renita no acinte ao que o homem tem de mais caro: o seu decoro, a sua honra, a sua intimidade, a sua vida privada, o seu nome, a sua imagem e a sua crença de que é igual aos demais.

Equilíbrio, bom senso, prudência, cautela, harmonia, justiça, moderação, ponderação, proporcionalidade, equidade. Vocábulos normalmente referidos em qualquer obra que trate do tema “arbitramento judicial”. Todos intimamente ligados ao conceito de “razoabilidade”. Ali compreendidos, até.

Citando Lammêgo Bulos²², vem de Joselito Rodrigues de Miranda Júnior a doutrina: “O vetor da razoabilidade está implícito na ordem jurídica pátria como um princípio não escrito. A palavra de ordem que anima a existência de tal princípio é justiça. O ditame se posta como uma diretriz de cunho axiológico, dando ensejo à valoração dos atos do Poder Público. Pelo senso de proporção, o intérprete perquire uma série de valores que informam o ordenamento jurídico, buscando o equilíbrio, a moderação e a harmonia”²³.

Com razoabilidade pauta-se o magistrado ao estabelecer paralelo entre a reação do autor da ação judicial e a que teria, em hipótese símile, o “homem médio” – considerado, evidentemente, o meio em que vive aquele. Conquanto, afinal, seja a dor *subjetiva*, certo é que o excessivo melindre não encontra amparo no instituto da responsabilidade civil. De resto, não é qualquer dissabor irrelevante ou incidente desagradável que assegura à vítima o direito à indenização.

Colho as palavras do desembargador José Osório de Azevedo Júnior: “Convém lembrar que não é qualquer dano moral que é indenizável. Os aborrecimentos, percalços, pequenas ofensas, não geram o dever de indenizar. O nobre instituto não tem por objetivo amparar as suscetibilidades exageradas e prestigiar os chatos. Já tive conhecimento de caso em que um juiz moveu ação contra seu colega que reformou um seu despacho de forma que ele

21 *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. 3. ed., Forense, 1958, p. 246-247.

22 *Constituição Federal Anotada*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 242.

23 *Dano moral – critérios de quantificação*. Jus Podivm. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

considerou ofensiva (...) Como já foi dito, não se deve exagerar nas hipóteses indenizáveis, sob pena de desprestigiar o instituto”²⁴.

Nessa conjuntura, volto a demonstrar minha preocupação, com muitos partilhada, quanto à banalização de tão nobre instituto e, bem assim, quanto à fixação de desproporcionais indenizações milionárias, vistas pelos requerentes, por vezes, como um fim em si mesmas. E então me vejo no papel de comungar da opinião manifestada por Vivianne Tanure Mateus, dada sua clareza e procedência: “O dano moral lida com noções essencialmente éticas, que requerem a natureza *pedagógica* da indenização. Tal caráter, porém, no meu modo de sentir, jamais pode escorregar para os caminhos tortuosos das indenizações milionárias, que, ao invés de educar o ofensor e coibir novos abusos de mesma índole por parte de outros indivíduos, promovem a corrida do ouro, aos pretórios de todo país, na aventura alucinante da busca de enriquecimento, da noite para o dia. Não é esta a função da indenização pelo dano moral. Não é este o objetivo do Direito Positivo, nem mesmo da filosofia jurídica. Daí a importância que temos neste papel de encontrar uma tradução econômica representativa do equilíbrio buscado. As duas palavras chaves, neste campo, a meu ver, são: *equilíbrio e razoabilidade*”²⁵.

Em tempo, ainda destaco laudável iniciativa do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região – órgão ao qual me vinculo – no sentido de catalogar, a partir de seus acórdãos, feitos que tenham versado sobre o tema em exame, descrevendo sucintamente as circunstâncias verificadas nos diversos casos e consignando o *quantum* fixado a título de indenização. Sem amarras, mas com parâmetros quantitativos, creio que os magistrados e todos aqueles que ali militam possam ter maior tranqüilidade no cumprimento de seus respectivos ofícios.

Ainda em tempo, lembro a impropriedade do uso do termo “indenização” como correspondente às “compensações” financeiras devidas em razão do dano moral. Em que pese, afinal, à sua sinonímia, cediço é que se distinguem tais vocábulos no mundo jurídico, pressupondo o primeiro a total eliminação do prejuízo causado à vítima. No caso do dano moral, melhor revela-se, então, o emprego dos termos “compensação”, “reparação”, entre tantos outros de igual sentido, haja vista a impossibilidade de mensurar-se, racional e exatamente, a

24 *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*. n. 49., p.11., dez. 1996. *Apud* FIGUEIREDO, Marianna. *Retrospectiva 2002. Saiba como foi o ano na área de danos morais no país*. Revista Consultor Jurídico. 06 dez. 2002.

25 O dano moral e a polêmica questão da sua tradução econômica. *Jus Navigandi*.

dor, o sofrimento. Em rigor, aliás, deve-se falar em mero “lenitivo”, guardada sua carga inibitória. Não obstante, dado o uso corrente daquele primeiro termo, optei, em homenagem aos costumes e mesmo à clareza, por também dele utilizar-me no presente escrito.

Já concluindo, sirvo-me do ensejo para voltar-me às relações laborais e lembrar que o contrato de trabalho, em face do seu caráter sinalagmático, importa prestações e obrigações recíprocas entre as partes, que devem velar pela manutenção de um relacionamento profissional pautado no princípio da boa-fé e no respeito mútuo. Se, por um lado, o ordenamento jurídico pátrio reconhece o poder diretivo do empregador, consubstanciado no direito de propriedade, reconhece, por outro, a importância da proteção aos direitos personalíssimos do trabalhador, fundando-se na valorização do trabalho humano. A ambos reconhece, outrossim, sua dignidade, valendo trazer-se à baila a lição de Lammêgo Bulos, que define o princípio da dignidade da pessoa humana como o valor constitucional supremo, em torno do qual gravitam os demais direitos e garantias fundamentais do homem. O mencionado princípio fundamenta, portanto, a cláusula geral de tutela da personalidade e legítima, bem assim, a reparabilidade do dano moral²⁶.

Dignidade não tem preço. Um lenitivo, porém, serve de conforto à pessoa da vítima e faz cumprir a função inibitória tão cara ao interesse social.

Reitero, por fim, o registro de que a inobservância ao princípio da razoabilidade culmina por insuflar e incentivar verdadeiras “aventuras jurídicas” – quando fixadas cifras extraordinárias – ou por inibir, quando iníquo e irrisório o valor arbitrado, a busca por um lenitivo no Poder Judiciário. E então volvendo-me à fórmula proposta por Caio Mário da Silva Pereira, repito em coro: “... Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva...”. “In medio virtus”, por assim dizer...

26 Ob. cit., p. 4.

DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: QUESTÕES CONTROVERTIDAS APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45

Walmir Oliveira da Costa*

1 – APRESENTAÇÃO DO TEMA

A pretensão à reparação por dano moral nas relações de trabalho vem se tornando prática comum na maioria das ações ajuizadas na Justiça do Trabalho, em substituição aos rotineiros pedidos de verbas rescisórias e outros títulos tipicamente trabalhistas, como as férias e o décimo terceiro salário.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, contribuiu de forma decisiva para o incremento das ações dessa espécie ao prever, expressamente, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, ao mesmo tempo em que assegura o direito à indenização pelo dano material, moral, ou à imagem, decorrente de sua violação, observados, na quantificação da reparação pecuniária a ser paga, os requisitos de razoabilidade e proporcionalidade (CF, art. 5º, incisos V e X).

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, além de atualizar e preencher lacunas da legislação referente à responsabilidade civil por ato ilícito, introduziu um capítulo sobre os direitos da personalidade que, em regra, são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária, salvo o abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.

Anteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988, a legislação civil brasileira, de 1916, seguiu, em princípio, a teoria da responsabilidade subjetiva, e atribuiu a obrigação de reparar o dano àquele que, por ação ou

* Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Pará e Amapá). Mestre em Direito e Professor de cursos de graduação e pós-graduação.

DOCTRINA

omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem (CCB, art. 159).

O novo Código Civil de 2002 abraçou tanto a teoria da responsabilidade subjetiva (art. 186) como a objetiva (art. 187), além de fixar, no art. 927, que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, medindo-se a indenização pela extensão do dano (art. 944).

O dano, quer patrimonial, quer moral, traduz-se na lesão (diminuição ou destruição) de que alguém é vítima devido à ação ou omissão de outrem em qualquer bem ou interesse jurídico, enfim, o prejuízo que uma pessoa causar à outra por culpa (no sentido amplo do vocábulo), cujo resultado da lesão poderá ter reflexos no campo material ou moral, ou em ambos, sendo possível cumular na ação judicial os pedidos de reparação por danos morais e materiais originários do mesmo acontecimento, nos termos da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.¹

O objetivo do presente estudo é tecer brevíssimas considerações acerca do pedido de reparação por dano moral nas relações de trabalho, em face da alteração do art. 114 da Constituição Federal decorrente da Emenda Constitucional nº 45/2004, que estabeleceu, de forma expressa, a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, bem como expor brevemente as questões polêmicas relacionadas à prescrição da pretensão e à mensuração ou fixação do valor da reparação (compensação) pecuniária a título de dano moral.

2 – DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

No exame dessa matéria, já tive oportunidade de assinalar que a relação de trabalho constitui campo propício à prática de lesão aos direitos da personalidade do trabalhador ou do tomador de serviços, não mais apenas de empregado e empregador, uma vez que as partes do contrato de trabalho ou da locação de serviços devem reciprocamente preservar o respeito à dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho.

¹ Nesse sentido meu artigo publicado no livro “*Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*”, Coordenador Eduardo de Oliveira Leite, Forense – Rio de Janeiro, págs. 435-458.

DOUTRINA

No campo do Direito do Trabalho, a possibilidade de sobrevir ato ilícito gerador de dano moral, passível de ressarcimento, pode se verificar na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho ou até mesmo após a sua extinção (fase pós-contratual).²

Na fase preliminar do contrato de trabalho (pré-contrato), o candidato ao emprego será passível de sofrer discriminação, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, no processo seletivo ou durante as negociações sobre as condições contratuais.

Nesse aspecto a dissidência então existente cessou em razão do advento da Lei nº 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias em processo de admissão no emprego, em curso de execução da prestação de serviço e, inclusive, após a sua extinção, contanto que a pretensão encontre no ajuste laboral o seu fundamento de validade ou sua origem.

Durante a execução do contrato de trabalho, a ofensa aos atributos valorativos das partes do contrato de trabalho ocorre com maior freqüência ou reiteração; em regra, devido o estado de subordinação do empregado às ordens e orientações do empregador, detentor dos poderes diretivo e disciplinar.

A prática de dano moral após a dissolução do contrato de trabalho (fase pós-contratual) constitui hipótese mais improvável ou remota, mas que ocorre com certa freqüência, mormente na controvérsia em torno do motivo da ruptura contratual (justa causa ou pedido de demissão), cabendo ao ofendido comprovar que o ato ofensivo aos seus valores íntimos tem relação com as figuras de empregado e empregador, ambos agindo nessa qualidade jurídica, ou que deriva do extinto contrato de trabalho.

O agente ativo do dano à intimidade (sentido amplo) praticado nas relações trabalhistas, tanto pode ser o empregador, em maior proporção, conforme demonstra a prática judiciária, como o empregado, quando restar configurado qualquer dos atos lesivos da honra e boa fama tipificados nos arts. 482 e 483 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na Lei nº 9.029/95 ou na legislação complementar que trata da matéria.

Relativamente às condutas do empregador que são suscetíveis de gerar danos morais ao empregado, além de outras, a doutrina trabalhista indica as seguintes: não cumprimento das normas básicas de proteção à saúde do trabalhador, que resulte doença do trabalho e deixe seqüelas físicas e

2 Cf. "Dano Moral nas Relações Laborais: Competência e Mensuração", Paraná – Juruá, 1999.

DOCTRINA

psicológicas (lesão por esforço repetitivo ou outra doença profissional); rebaixamento funcional e salarial, com a finalidade de humilhar o empregado e fazê-lo pedir demissão; revista íntima de empregada, sem as cautelas devidas, que lhe cause constrangimento; assédio sexual no trabalho; práticas discriminatórias em processos de admissão ou manutenção do vínculo de emprego; ato lesivo da honra e boa fama (pena disciplinar e dispensa injuriosa ou infamante); anotação desabonadora do motivo da resolução contratual na Carteira de Trabalho; agressão física que resulte prejuízo à intimidade, por ato do empregador ou seus prepostos etc.

No que se refere às condutas antijurídicas que podem ser praticadas pelo empregado, são exemplos: ato lesivo da honra e boa fama do empregador ou seus prepostos; atentado contra o patrimônio da empresa ou de terceiros relacionados ao trabalho (furto, roubo, apropriação indébita), que, reflexamente, ofenda direitos da personalidade; concorrência desleal ao empregador, com perda de clientela deste, quando também resultar prejuízo à honra objetiva da empresa ou à honra subjetiva da pessoa do empresário (dano moral reflexo); quebra do dever de sigilo profissional, que ocasione prejuízos imateriais ao empregador; agressão física ao empregador ou seus prepostos, que lhes resultem prejuízos à intimidade, etc.

Com relação à distribuição do ônus da prova, cabe ressaltar que o gravame a bens de foro íntimo independe, em regra, da comprovação de ter a vítima sofrido as conseqüências traumáticas do constrangimento a que fora submetido, desde que incontroversa a prática lesiva, visto que, por ser dor e dano, não precisam ficar gravadas as lesões de cunho moral na fisionomia da pessoa agredida.

No ponto, é prudente alertar que, para configuração de ofensa moral nas relações laborais, só haverá responsabilidade do agressor se houver dano a reparar, cabendo à vítima, empregado ou empregador, conforme o caso, o ônus de provar em juízo a presença dos elementos essenciais da responsabilidade civil extracontratual de que nos fala o art. 159 do Código Civil, a saber: a) o dano suportado e suas repercussões nas esferas jurídica e social do ofendido; b) a culpa do agente; e c) o nexo causal entre o evento danoso e o ato culposo.

De tal sorte que os abalos a bens personalíssimos, capazes de gerar danos morais, devem ser examinados em cada caso concreto pelo juiz, não sendo razoável, para dizer o menos, em regra, reputar-se conduta lesiva desse jaez, certos acontecimentos da vida que fazem parte do cotidiano.

O dano moral não é produzido apenas no plano da responsabilidade individual, mas também coletiva. Nas palavras de Alice Monteiro de Barros:

DOCTRINA

“A diferença entre o dano individual e o dano coletivo é que, no primeiro, a lesão atinge um direito subjetivo ou o interesse individual de alguém, enquanto no dano coletivo o prejuízo é mais disperso ou difuso, porém perceptível, pois as pessoas lesadas integram uma determinada coletividade. Situam-se como exemplos destes últimos os danos que afetam o meio ambiente, os danos nucleares, os derivados de defeitos em produtos de consumo ou os advindos de explosão de violência”.³

No tocante à forma de reparação do dano moral de natureza trabalhista há, de um lado, a indenização tarifada, que se traduz no pagamento de certa quantia em dinheiro e é fixada, por arbitramento, segundo prudente critério do juiz.

E, de outro, a sanção *in natura*, que poderá resumir-se na retratação do ofensor, na publicação de sentença reparatória do gravame, na contrapublicação ou em outro tipo de obrigação de fazer (positiva ou negativa), a critério da vítima, desde que se revele suficiente à reposição do patrimônio moral agredido à situação anterior ou, pelo menos, que atenuie seu sofrimento.

Adiante, analisaremos o problema da mensuração ou liquidação da reparação devida por danos morais na relação de trabalho.

3 – O PROBLEMA DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Na dissertação de mestrado do autor deste artigo, defendida em 1998, que virou livro⁴, examinando o problema da definição do ramo do Poder Judiciário que detém a competência jurisdicional para julgar lide com pedido de reparação por danos morais praticados nas relações trabalhistas, restou assente, entre outros fundamentos, que:

“A *vis atractiva* da competência material trabalhista, para o julgamento de ação por danos morais, é a relação de emprego, sendo esta o vínculo jurídico que obriga empregado e empregador por meio do contrato de trabalho. Para o desfecho da lide, visando à reparação do dano moral praticado em qualquer fase do contrato de trabalho, conforme o entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal (CJ 6.959-

3 BARROS, Alice Monteiro de. “*Curso de Direito do Trabalho*”. 2ª edição – São Paulo: LTr, 2006, pág. 627.

4 COSTA, Walmir Oliveira da. “*Dano Moral nas Relações Laborais – Competência e Mensuração*”. Curitiba: Juruá – 1999.

DOCTRINA

DF) não importa que a questão seja de índole civil, mas, sim, que o pedido seja feito em razão da relação de emprego, ou nela tenha seu nascedouro e fundamento, definindo-se a competência da Justiça do Trabalho em razão do conteúdo trabalhista da lide. Afinal, se à determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, mas, sim, no caso, que o conteúdo ou fundamento do pedido esteja relacionado com o vínculo empregatício, inserindo-se no contrato de trabalho, na trilha do precedente do Supremo Tribunal Federal, resulta evidente que à Justiça do Trabalho compete julgar pedido de compensação por danos morais, desde que tenha decorrido da relação jurídica de emprego, direta ou reflexamente. Destarte, está superada, por força do disposto no art. 114 da Constituição Federal vigente, como também em face da mais atualizada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a interpretação adotada nessa matéria, antes de 1988, pela Suprema Corte.”

Nessa época, o colendo Superior Tribunal de Justiça ao dirimir conflitos de competência, adotou entendimento de que a competência em razão da matéria é definida em função do pedido e da causa de pedir e, considerando que a pretensão relativa à indenização por dano moral tinha seu fundamento em norma de Direito Civil, declarava a competência da Justiça Comum para instruir e julgar a causa, não importando se o conflito se dava entre empregado e empregador.

Entretanto, pacificando a controvérsia, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45/2004, de aplicação imediata aos processos em curso, que introduziu, no art. 114 da Constituição Federal, o inciso VI, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a questão da aplicação das modificações introduzidas pela EC nº 45/2004 aos processos que se encontravam em curso quando de sua promulgação, assentou o entendimento de que a nova diretriz alcança somente os processos em curso na Justiça comum ainda não sentenciados, em respeito ao princípio da perpetuação da jurisdição (CC nº 7.204-1/MG).

Nessa linha de entendimento, o colendo Tribunal Superior do Trabalho adotou a Súmula nº 392, que assim dispõe: “Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho (ex-OJ nº 327 – DJ 09.12.2003)”.

DOCTRINA

Mesmo após a definição da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, o Superior Tribunal de Justiça ao apreciar conflito de competência (positivo ou negativo), manteve seu entendimento no sentido de que “é a partir da análise da causa de pedir e do pedido que se define a competência para julgamento de determinada lide (CC nº 63.515/RJ)”, e não a partir da natureza da relação jurídica de direito substancial litigiosa, conforme delineado no art. 114 da Carta Magna.

No que se refere à ação de indenização por danos morais e materiais em que o autor é servidor público federal, o STJ tem dirimido o conflito de competência em favor da Justiça Federal comum, e não da Justiça do Trabalho, em face do disposto no art. 109, I, da Constituição Federal, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADI nº 3.395/DF para suspender, com efeitos *ex tunc*, todo e qualquer entendimento que incluísse, na competência da Justiça do Trabalho, o julgamento de ações instauradas entre o Poder Público e seus servidores, quando vinculados por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo (CC nº 57.367/GO).

No Conflito de Competência nº 57.884/SP (DJ 09.04.2007), o STJ decidiu que compete à Justiça Comum Estadual conhecer de demanda ajuizada por viúva de trabalhador falecido que, em nome próprio, pleiteia o pagamento de indenização por danos morais por parte do ex-empregador, por não estar a causa baseada em dano decorrente da relação de trabalho, mas, sim, em ilícito extracontratual, de natureza civil.

Subsistia, no entanto, dissenso jurisprudencial acerca da competência material da Justiça do Trabalho para julgar ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador.

Em decisão proferida no Conflito de Competência nº 7.204/MG, o Supremo Tribunal Federal conheceu do conflito e, por maioria, definiu a competência da Justiça do Trabalho, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais propostas por empregado contra empregador, decorrentes da relação de trabalho (CC 7.204/MG, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 21.09.2005), conforme os fundamentos sintetizados na ementa, *verbis*:

“CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO

TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do prece-

dente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.”

A partir desse julgamento histórico, firmou-se o entendimento de que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de indenização por danos moral e material decorrentes de acidentes do trabalho, desde que não prolatada sentença na Justiça Comum.

Como se pode notar, a interpretação do sentido e do alcance da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal conduz à conclusão de que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho, incluídas aquelas derivadas de acidentes do trabalho, desde que não prolatada sentença na Justiça Comum.

4 – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO

Analisa-se o problema da contagem do prazo de prescrição do dano moral praticado nas relações trabalhistas, ainda que em breves considerações.

Consoante a doutrina, a prescrição está diretamente relacionada ao tempo, considerando o interesse existente por parte da sociedade em tornar jurídicas determinadas situações que se estendem ao longo do tempo. Clóvis Beviláqua define prescrição como sendo a “perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo, enquanto para Câmara Leal, a prescrição implica a extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia de seu titular durante um certo lapso de tempo, em decorrência de causas preclusivas de seu curso.”

Nos termos do art. 189 do Código Civil, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. Trata-se da prescrição extintiva, que interessa ao nosso estudo.

A questão do prazo de prescrição da pretensão deduzida em juízo relativa à compensação de dano moral na Justiça do Trabalho tem gerado controvérsias. Uma corrente doutrinária e jurisprudencial sustenta ser aplicável a prescrição prevista no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, após ser delimitada a competência material trabalhista. A outra corrente defende a tese de que a

prescrição é a civil, porque se trata de ação de caráter pessoal e se rege pelas disposições do Direito Civil.⁵

Somos partidários da primeira corrente que advoga a incidência do prazo de prescrição trabalhista. Isso porque, em que pese a reparação por ato ilícito que redunde em dano moral ser regulada no Código Civil, nas questões de índole trabalhista, a prescrição da pretensão com tal escopo não segue as diretrizes do Direito Civil, mas sim as regras específicas do Direito Constitucional e do Trabalho (CF, art. 7º, XXIX e CLT, art. 11), não importando se ação é de caráter personalíssimo.

Do contrário, como justificar a incidência da prescrição de cinco anos, no curso do contrato de trabalho, até o limite de dois anos da extinção deste, a que alude o inciso XXIX do art. 7º da Carta Magna, na ação indenizatória intentada na Justiça do Trabalho em face do empregador que incorrer em dolo ou culpa por não cumprir a obrigação de efetuar seguro contra acidente de trabalho, e aplicar a prescrição civil para os demais tipos de ação de reparação de danos morais na relação de trabalho?

Impõe-se, portanto, concluir que, quando em juízo estão litigando as partes do contrato de trabalho, ambas agindo na condição de empregado e empregador, e tendo por objeto uma indenização decorrente de alegado ato ilícito patronal.

É, pois, forçoso reconhecer que a pretensão de direito material (indenização de dano moral) deduzida em reclamatória, em que são autor e réu as partes do contrato de trabalho ou que dele derive, possui natureza de crédito trabalhista e, sendo assim, se sujeita, para os efeitos da contagem do prazo de prescrição, à regra estabelecida pelo art. 7º, XXIX, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido decisão da egrégia 5ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, de minha lavra.⁶

5 MELO, Raimundo Simão de. “Prescrição do dano moral no Direito do Trabalho: um novo enfoque.” Texto extraído do *Jus Navigandi* – <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>

6 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. “DANO MORAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO TRABALHISTA E NÃO CIVIL. Quando em juízo estão litigando as partes do contrato de trabalho, ambas agindo na condição de empregado e empregador, e tendo por objeto a indenização por dano moral decorrente de alegado ato ilícito patronal, a pretensão de direito material deduzida na reclamatória possui natureza de crédito trabalhista que, portanto, sujeita-se, para os efeitos da contagem do prazo de prescrição, à regra estabelecida no art. 7º, XXIX, da CF/88, e não à prescrição vintenária prevista no art. 177 do Código Civil. Recurso de Revista não conhecido.” TST RR. N. 540.996/1999. 5ª Turma. Relator: Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa. DJ, 15.12.00.

DOUTRINA

A corrente jurisprudencial que defende a tese de que a prescrição é a civil, de ilustríssima lavra, preconiza que: “Observada a natureza civil do pedido de reparação por danos morais, pode-se concluir que a indenização deferida a tal título em lide cujo trâmite se deu na Justiça do Trabalho, não constitui crédito trabalhista, mas crédito de natureza civil resultante de ato praticado no curso da relação de trabalho. Assim, ainda que justificada a competência desta Especializada para processar a lide não resulta daí, automaticamente, a incidência da prescrição trabalhista. A circunstância de o fato gerador do crédito de natureza civil ter ocorrido na vigência do contrato de trabalho, e decorrer da prática de ato calunioso ou desonroso praticado por empregador contra trabalhador não transmuda a natureza do direito, uma vez que o dano moral se caracteriza pela projeção de um gravame na esfera da honra e da imagem do indivíduo, transcendendo os limites da condição de trabalhador do ofendido. Dessa forma, aplica-se, na hipótese, o prazo prescricional de 20 anos previsto no art. 177 do Código Civil, em observância ao art. 2.028 do novo Código Civil Brasileiro, e não o previsto no ordenamento jurídico-trabalhista, consagrado no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal. Embargos conhecidos e providos”.⁷

Ocorre que, a meu juízo, na contagem do prazo de prescrição na reclamatória em que é pedida indenização por dano moral, não tem relevância saber se a causa de pedir e o pedido têm arrimo em norma do Direito Civil, bem como não retira desse tipo de indenização a índole de verba trabalhista, tão-só o fato de a parte ter-se socorrido de regras civilistas ao formular a causa de pedir, mesmo porque, tais normas podem ser invocadas como fonte subsidiária do Direito do Trabalho (CLT, art. 8º), para efeito de integração de suas lacunas.

Como se verifica em qualquer caso de lesão a direito resultante das relações de trabalho, o termo inicial da prescrição à ofensa aos valores íntimos da pessoa é contado a partir do ato lesivo, observados os prazos estipulados no art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, salvo se a demanda tiver sido originariamente ajuizada na Justiça Comum, isto é, antes da EC nº 45/2004, e, posteriormente, for declarada a competência material da Justiça do Trabalho, hipótese em que não há falar em prescrição da pretensão, interrompida pelos efeitos da citação, ainda quando ordenada por juiz incompetente, nos termos do que dispõe o art. 219 do Código de Processo Civil.

7 PROC. Nº TST-E-RR-08871/2002-900-02-00.4 – Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa, DJ 05/03/2004.

DOCTRINA

Além do mais, o prescribente (diz-se daquele a quem a prescrição interessa ou traz vantagem), se não argüiu em defesa a prescrição da pretensão, a ela renunciou tacitamente. A teor do disposto no art. 191 do Código Civil, “A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.”

Assim, se o réu, em defesa, não invocar a prescrição extintiva, verifica-se a renúncia tácita, em favor do devedor, hipótese em que o juiz não mais poderá pronunciá-la de ofício (art. 219, § 5º, do CPC), pois já superado o momento processual para o indeferimento da petição inicial (art. 295, inciso IV, do CPC).

No caso de imputação de crime a empregado – apesar de haver jurisprudência em sentido contrário no juízo cível⁸, para efeito da contagem do lapso prescricional, na órbita do Direito do Trabalho – não será preciso aguardar a solução final a ser dada pelo juízo criminal em ação penal. Nem, tampouco, o juiz do trabalho mandará sobrestar no andamento do processo até que se pronuncie a Justiça Criminal, uma vez que o conhecimento da lide trabalhista não dependerá necessariamente da verificação da existência do fato delituoso (CPC, art. 110).

Resulta daí, que a reclamatória contendo pedido de compensação por dano moral, resultante de conduta que configure, a um só tempo, ilícitos trabalhista e penal, terá de ser proposta no prazo de cinco anos, a contar do ato lesivo, na vigência do contrato de trabalho, até o limite de dois anos da extinção deste.

Do contrário, serão inúteis os esforços intelectuais dos juslaboristas e magistrados do trabalho que pregam a existência de um dano moral trabalhista plenamente autônomo, toda vez que a definição de sua ocorrência estiver condicionada à decisão da Justiça Comum, ou se a contagem do prazo de prescrição tiver de seguir as regras civilistas.

Concluindo o enfoque da prescrição da obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil nas relações de trabalho, é possível afirmar que o direito à reparação do dano moral tem início com a prática do ato lesivo (*actio*

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. “Danos Morais. Imputação de crimes. Absolvição no juízo criminal. Prescrição. Termo inicial. A ação de indenização por danos morais decorrentes da imputação da prática de crimes dos quais resultou absolvição tem o prazo prescricional contado da sentença absolutória. Somente no caso de ser a denúncia improcedente, surge o direito ao exercício da indenização no cível.” RESP PR. 34.807. Relator: Ministro Hélio Mosimann. DJU, 12.02.96.

DOCTRINA

nata), contando-se a partir daí o termo inicial do prazo da prescrição trabalhista, nos moldes do art. 7º, XXIX, da CF/1988 e do art. 11 da CLT.

Todavia, em se tratando de relação de trabalho, diversa da relação de emprego, como é o caso da locação de serviços, da representação comercial autônoma (pessoa física) etc., a prescrição é a prevista no Código Civil.

5 – MENSURAÇÃO

De início, ousa-se recomendar a leitura do estudo feito sobre a matéria no livro do autor deste artigo, ao qual já se fez referência⁹, o qual irá possibilitar ao leitor conhecer, com maiores detalhes, o problema da mensuração do dano moral trabalhista segundo os critérios aqui propostos.

A operação judicial na fixação da reparação de dano moral é das mais difíceis e complexas, uma vez que a legislação carece de parâmetros objetivos que possibilitem ao juiz quantificar, com certeza, o *quantum* líquido a ser ressarcido à vítima, quando se trata de indenização por ofensa à intimidade, deferida com apoio na teoria subjetiva da responsabilidade civil por ato ilícito ou abuso de direito.

Fixando como critério para a apuração da indenização a extensão do dano (CCB, art. 944), o legislador deixou ao critério prudencial do juiz a atribuição de quantificar o valor da indenização, estabelecendo que se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (parágrafo único do art. 944 do CCB). De igual modo, poderá aumentar o valor.

As perdas e danos, nas obrigações de pagamento do dinheiro, serão pagos com atualização monetária, abrangendo juros, custas e honorários de advogados, sem prejuízo da pena convencional (art. 404 do CCB). Os juros moratórios são contados desde a petição inicial (art. 405 do CCB) ou fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual (Súmula nº 54 do STJ).

Nesse contexto, tem-se que o Brasil abraçou o sistema tarifado, em que os valores da indenização por dano são estabelecidos em lei (exemplifica-se com a Lei de Imprensa, art. 51, I a IV), ao contrário do regime legal dos Estados Unidos da América do Norte, onde o sistema é aberto, cabendo ao juiz fixar o valor da reparação por dano moral de acordo com os casos julgados (*leading cases*).

9 COSTA, Waldir Oliveira da. “Dano Moral nas Relações Laborais – competência e mensuração.” Curitiba : Juruá, 1999, págs. 110/140.

DOCTRINA

No processo do trabalho, como ninguém ignora, a liquidação da indenização derivada de dano moral é tarefa das mais complexas, pelas razões acima expostas.

A liquidação tem a finalidade de estabelecer o montante da condenação (*quantum debeatur*) constante do título executivo judicial, quando ainda não tiver sido quantificado, por meio de cálculos aritméticos, embora também possa ser feita por artigos ou por arbitramento (art. 879 da CLT).

O sistema ou método suscetível de ser adotado na operação de quantificar o valor da indenização por dano moral trabalhista – arbitramento segundo o critério prudencial do magistrado – tem a ver com a utilização dos parâmetros estabelecidos na legislação civil (CCB, art. 944) e penal (CP, art. 49), aplicados subsidiariamente (CLT, art. 8º).

Vindo em auxílio do magistrado nessa operação aritmética, os elementos objetivos e subjetivos constantes do art. 53 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), aplicados por analogia, são valiosos subsídios que hão de ser levados em conta na dosagem da indenização do dano moral, como espécies de circunstâncias agravantes ou atenuantes, à aparência do que sucede com os critérios de fixação da pena criminal.

O critério ora proposto não é capaz de subtrair o subjetivismo e a discricionariedade que marcam a atuação de cada juiz na fixação da indenização por dano moral. Objetivando aperfeiçoar os critérios de cálculos ora propostos, afigura-se possível classificar a lesão moral em leve, grave ou gravíssima, segundo a intensidade da lesão e o grau da culpa e a critério subjetivo do juiz, que terá de considerar os fatos e circunstâncias do caso concreto.

O montante indenizatório arbitrado pelo juiz deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados nos incisos V e X do art. 5º da CF/1988. A função reparatória da indenização por dano moral tem como finalidade oferecer compensação à vítima e, assim, atenuar o seu sofrimento, recaindo em montante razoável do patrimônio do ofensor, de tal modo que ele não persista na conduta ilícita, sob pena de se tornar desproporcional o montante indenizatório, havendo de existir equilíbrio entre o dano e o ressarcimento, o que não se vislumbra na espécie.¹⁰

Em última análise, é preciso deixar claro que o critério de mensuração de dano moral ora proposto é apenas indicativo e não determinante, na medida em que os valores íntimos de cada pessoa são inestimáveis.

10 Proc. TST-RR-530/1999-043-15-00.8 – 5ª Turma – Relator Juiz Convocado Walmir Oliveira da Costa – DJ 01/04/2005.

Não se pode negar, todavia, que o juiz do trabalho, ao adotar tal método, terá ao seu dispor elementos mais objetivos que o auxiliem na complicada equação de aferir quanto vale a ofensa perpetrada contra o patrimônio íntimo da pessoa.

6 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de trabalho constitui terreno fecundo para a prática de danos contra direitos da personalidade, de parte a parte, podendo ocorrer na fase pré-contratual, durante a execução do contrato de trabalho e mesmo após a sua extinção, desde que ocorram entre as partes do contrato de trabalho ou dele derive.

Nos termos do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ações de indenização por dano moral ou material, decorrentes da relação de trabalho, incluídas aquelas derivadas de acidentes do trabalho, desde que não prolatada sentença na Justiça Comum.

No somatório das razões que nos levam a reconhecer a competência material da Justiça do Trabalho para julgar esses tipos de ações podem ser incluídas, entre outras, a maior sensibilidade e preparo do juiz do trabalho no que se refere às questões sociais que permeiam o conflito de interesses, a gratuidade do serviço judiciário para o trabalhador e a dispensa, para ambas as partes, de patrocínio da causa por advogado, o que, regra geral, não corre na Justiça Comum.

Por outro lado, se o trabalhador for compelido a mover ação na Justiça Comum visando à reparação de dano moral e patrimonial atribuído ao empregador, terá de arcar com as custas do processo, honorários advocatícios, inclusive de sucumbência, e periciais, além de outras despesas processuais, diferentemente do que se verifica na Justiça do Trabalho, cujo processo é mais simples, rápido, barato e efetivo.

Em última análise, forçoso é concluir que a concentração de competência, em matéria de dano moral, na Justiça do Trabalho, também é fator de racionalização da prestação jurisdicional, excluindo-se a possibilidade de decisões conflitantes.

Na difícil e complexa operação de liquidar o dano moral trabalhista, o juiz do trabalho poderá se utilizar dos parâmetros estabelecidos na legislação civil (CC, art. 944) e penal (CP, art. 49) e dosar o valor da indenização com base nos elementos objetivos e subjetivos constantes do art. 53 da Lei nº 5.250/1967. Os critérios de cálculos ora propostos são apenas indicativos e não determinantes, e dependem dos fatos e circunstâncias do caso concreto.

DOCTRINA

A compensação por dano moral tem dupla natureza: reparatória e punitiva. No primeiro caso, funciona como uma espécie de compensação pelo sofrimento da vítima, e, no segundo, trata-se de sanção que coíbe ou inibe atentados ou investidas indevidos contra os direitos da personalidade.

7 – BIBLIOGRAFIA

- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: a questão da fixação do valor*. Revista de Doutrina do Jornal Tribuna da Magistratura, jul. 1996.
- CASILLO, João. *Dano Moral – Indenização – Critério para fixação. Notas e comentários* (Série Cível). Revista dos Tribunais, v. 634, ago. 1998.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. *Do dano moral trabalhista*. Revista LTr, v. 4, abr. 1995.
- COSTA, Orlando Teixeira da. *Da ação trabalhista sobre dano moral*. Revista de Direito do Trabalho, n. 7, 1996.
- COSTA, Walmir Oliveira da. *Dano Moral nas Relações Laborais – Competência e Mensuração*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DALAZEN, João Oreste. *Competência material trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.
- DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2.
- FILHO, João de Lima Teixeira. *O dano moral no Direito do Trabalho*. Revista LTr, v. 60, n. 9, 1996.
- FLORINDO, Valdir. *Dano Moral e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.
- MONTENEGRO, Antônio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.
- PEDREIRA, Pinho. *A reparação do dano moral no Direito do Trabalho*. Revista LTr, v. 55, n. 5, 1991.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.
- STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1.
- VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. 4. ed. E. V. Editora, 1996.
- ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ATUALIDADES SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DO ACIDENTE DO TRABALHO

Sebastião Geraldo de Oliveira*

1 – INTRODUÇÃO

Nos últimos anos cresceu de forma significativa o número de ações ajuizadas na Justiça do Trabalho com pedido de indenização por danos morais. O impulso maior ocorreu após a vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, que atribuiu competência à Justiça do Trabalho para o julgamento das causas envolvendo pedidos de indenizações decorrentes dos acidentes do trabalho e situações equiparáveis, porquanto em tais demandas, quase sempre, há pedido de indenização por danos morais, cumulado com o pleito de reparação por danos patrimoniais e/ou danos estéticos.

O dano moral assume papel de maior relevo quando decorrente do infortúnio laboral, porquanto o trabalhador é atingido na sua integridade psicobiofísica, o que muitas vezes significa o desmonte traumático de um projeto de vida, o encarceramento compulsório numa cadeia de rodas e o sepultamento precoce dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de um futuro melhor. Basta dizer que no Brasil, a cada dia, somando-se as estatísticas das mortes com os afastamentos por invalidez total permanente, por volta de 50 trabalhadores deixam definitivamente o mundo do trabalho.

A indenização pelos danos materiais pode até alcançar a recomposição do prejuízo e a equivalência matemática norteia os critérios de cálculo. No entanto, a dor da exclusão, a tristeza da inatividade precoce, a solidão do abandono na intimidade do lar, o vexame da mutilação exposta, a dificuldade

* Desembargador do TRT da 3ª Região. Mestre e Professor.

DOCTRINA

para os cuidados pessoais básicos, o constrangimento da dependência permanente de outra pessoa, a sensação de inutilidade, o conflito permanente de um cérebro que ordena a um corpo que não consegue responder, a orfandade ou a viuvez inesperada, o vazio da inércia imposta, tudo isso e muito mais não tem reparação ou recomposição. A dor moral deixa na alma feridas abertas e latentes que só o tempo, com vagar, cuida de cicatrizar, mesmo assim, sem apagar o registro.

No desenvolvimento deste artigo, vamos tratar das singularidades e controvérsias atuais a respeito da indenização por dano moral decorrente do acidente do trabalho ou doença ocupacional.

2 – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DANO MORAL

O reconhecimento do direito à indenização pelo dano moral passou por longo período de maturação no Brasil. Contudo, as resistências que existiam contra o seu cabimento restaram superadas com o advento da Constituição da República de 1988. Pelo art. 5º, V, foi assegurado “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Também prevê o inciso X do referido artigo: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O suporte principal desses dois dispositivos da Lei Maior encontra-se na *dignidade da pessoa humana*, que constitui um dos fundamentos da República, conforme indicado expressamente no art. 1º, III, da Constituição de 1988. O destaque da dignidade como valor supremo do constitucionalismo contemporâneo ampliou o conceito do direito à vida; ou seja, a Constituição não só protege o direito à vida, mas o direito de viver com dignidade. Enfatiza Arion Romita que “a dignidade da pessoa humana atua como fundamento do princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e, em consequência, impregna a totalidade da ordem jurídica, espraia-se por todos os ramos do direito positivo e inspira não só a atividade legislativa como também a atuação do Poder Judiciário”¹. Nessa mesma direção, vale citar também a lição da constitucionalista Cármen Lúcia Antunes Rocha, atual Ministra do STF:

1 ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*, 2007, p. 267.

DOCTRINA

“A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.”²

Como se vê, no estudo do dano moral acidentário não se pode perder de vista que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Além disso, a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170), a ordem social terá como base o primado do trabalho (art. 193) e constitui objetivo fundamental da República construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). O princípio constitucional de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), adaptado para o campo do Direito do Trabalho, indica que a saúde é direito do trabalhador e dever do empregador. Para isso, a Constituição garantiu no art. 7º, XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Esses princípios fundamentais entalhados no alto da hierarquia constitucional devem estar no ponto de partida de qualquer análise a respeito das normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores e, conseqüentemente, da indenização por danos morais decorrentes dos acidentes do trabalho. A função ordenadora e estruturante dos princípios permite compreender a evolução e a crescente importância doutrinária atribuída ao estudo dos direitos da personalidade, valendo citar o conceito jurídico de princípio, adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”³.

Com efeito, aquele que não considerar os princípios constitucionais positivos estará lidando apenas na periferia do Direito, ignorando as íntimas

2 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*, 2004, p. 38.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*, 1990, p. 299.

conexões do ramo específico com o seu tronco de sustentação, sua causa primeira. Avistando o continente mas sem captar o conteúdo, atento ao detalhe mas distraído do conjunto, não perceberá a irradiação da seiva tonificante, que parte do núcleo constitucional para abastecer e vitalizar toda a extensão abrangida pela ciência jurídica, influenciando com certeza todo o regramento da proteção à saúde do trabalhador.

O professor Gustavo Tepedino, discorrendo a respeito do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, registra com lucidez o propósito da Constituição da República de 1988:

“O legislador constituinte, de maneira categórica, pretende evitar que a iniciativa econômica privada possa ser desenvolvida de maneira prejudicial à promoção da dignidade da pessoa humana e à justiça social. Rejeita, igualmente, que os espaços privados, como a família, a empresa e a propriedade, possam representar uma espécie de zona franca para violação do projeto constitucional. Daí ter regulamentado, sem cerimônia, e malgrado as violentas e tão mal-humoradas críticas que sofreu, todas as relações jurídicas de direito privado.”⁴

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, ao julgar a ADI-MC nº 1.347-5, colocou nos fundamentos do acórdão a importância de considerar os princípios constitucionais na análise das questões relacionadas à saúde dos trabalhadores:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que também os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente, a construção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV, primeira parte), pois é preciso reconhecer que o sentido tutelar que emana desse postulado axiológico abrange, dentre outras providências, a adoção, tanto pelos organismos públicos quanto pela própria comunidade empresarial, de medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho. A preservação da saúde de classe trabalhadora constitui um dos graves encargos de que as empresas privadas são depositárias.”

4 TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: NAVES, Bruno Torquato; FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. *Direito Civil: atualidades*, 2003, p. 118.

DOUTRINA

Para arrematar essas considerações, é imperioso citar a doutrina valiosa do Ministro do STJ Carlos Alberto Menezes Direito e do Desembargador Sérgio Cavaliéri, em obra conjunta, quando asseveram que a Constituição de 1988 deu uma nova feição e maior dimensão ao dano moral:

“Entendemos que todos os conceitos tradicionais de dano moral tiveram que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Assim é, porque a atual Carta, na trilha das demais Constituições elaboradas após a eclosão da chamada *questão social*, colocou o Homem no vértice do ordenamento jurídico da Nação, fez dele a primeira e decisiva realidade, transformando os seus direitos no fio condutor de todos os ramos jurídicos. E, ao inserir em seu texto normas que tutelam os valores humanos, a Constituição fez também estrutural transformação no conceito e valores dos direitos individuais e sociais, o suficiente para permitir que a tutela desses direitos seja agora feita por aplicação direta de suas normas. Ninguém desconhece que as normas constitucionais, por serem de hierarquia superior, balizam a interpretação e aplicação de toda a legislação infraconstitucional, de sorte a não ser possível aplicar esta em desarmonia com aquelas. A Constituição Federal, logo no seu primeiro artigo, inciso III, consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. Ao assim fazer, a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade está englobado no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana. Essa, sem dúvida, é a matriz constitucional para o conceito de dano moral. *Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade.*”⁵

Complementando a previsão constitucional, o Código Civil de 2002 contempla expressamente o dano moral quando dispõe, no art. 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Esse dispositivo genérico completa o ciclo de positivação do dano moral no

5 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XIII, 2007, pp. 102-103.

nosso ordenamento jurídico, suplantando definitivamente os argumentos daqueles que ainda resistiam ao seu reconhecimento⁶.

3 – CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO ACIDENTE DO TRABALHO

A indenização por acidente do trabalho, independentemente dos benefícios acidentários, está prevista expressamente na Constituição da República de 1988. Com efeito, estabelece o art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVIII – seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”. Aliás, convém mencionar que, a rigor, não se trata de “indenização do direito comum”, como ainda a denominam muitos autores e acórdãos, mas indenização fundada na própria Constituição da República. Nesse sentido a advertência oportuna do civilista Sérgio Cavalieri:

“Ainda que com matriz constitucional, advogados e juízes, curiosamente, continuam falando em *indenização acidentária fundada no direito comum*, para diferenciá-la daquela outra que decorre diretamente da legislação acidentária. Não nos parece adequada a expressão porque essa indenização é fundada na própria Constituição (norma expressa) e não no direito comum.”⁷

O cabimento da indenização por danos morais decorrentes do acidente do trabalho é, atualmente, questão pacificada na doutrina e jurisprudência. Em primeiro lugar porque o dispositivo constitucional acima transcrito não restringiu a indenização apenas aos aspectos patrimoniais, não podendo o intérprete impor limitações onde a norma não restringiu. Em segundo, porque o Código Civil consagra a cláusula genérica da indenização decorrente do ato ilícito no art. 186, onde está indicado expressamente o dano moral. Em terceiro, porque o mesmo Código Civil, quando trata da indenização por danos pessoais, indica as parcelas da reparação material, mas deixa a ressalva “sem excluir outras reparações” (art. 948) ou “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (art. 949). Nessas ressalvas, não há dúvidas, deve ser

6 Enfatiza *Yusef Cahali* a respeito do dano moral que “o instituto atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro”. (In: *Dano moral*, 2005, p. 19).

7 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 134.

incluída a indenização pelos danos morais do acidentado ou de seus dependentes.

O certo é que o ato ilícito – como é o caso do acidente do trabalho por culpa ou dolo do empregador – pode provocar danos materiais e danos morais, ou seja, danos patrimoniais e extrapatrimoniais. E ninguém nega que os acidentes do trabalho e as doenças ocupacionais que geram morte ou invalidez repercutem inevitavelmente no equilíbrio psicológico, no bem-estar ou na qualidade de vida da vítima e/ou de sua família.

Em síntese, se estiverem presentes os pressupostos para o deferimento da indenização pelos danos materiais, é cabível também o deferimento da compensação pelos danos morais.

4 – FINALIDADE DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

O dano moral propriamente dito sempre existiu, mas a possibilidade de sua indenização foi conquista do progresso da civilização, após longo período de maturação. Havia um certo embaraço ou constrangimento em aceitar a compensação de sofrimentos, dores ou angústias por valores monetários, chegando-se até a dizer que era imoral a indenização por dano moral.

No entanto, as reflexões dos juristas e a crescente valorização da dignidade da pessoa humana facilitaram a percepção de dois fundamentos essenciais para justificar a indenização por danos morais: a vítima não pode ser deixada ao desamparo, nem os lesantes impunes. Esses dois fundamentos repercutem seriamente na harmonia da convivência social, porque a vítima desamparada é tomada de revolta e pode alimentar o desejo de vingança; por outro lado, a impunidade dos causadores do dano acaba estimulando a ocorrência de novas lesões.

Se a reparação no seu real sentido não é possível, cabe pelo menos uma compensação monetária, um lenitivo, oferecendo ao lesado um outro bem da vida para acalmar sua revolta e facilitar sua resignação diante do fato consumado. Não se trata, porém, de estabelecer um preço para a dor sofrida, mas de criar possibilidades para que o acidentado desenvolva novas atividades ou entretenimentos, para vencer as recordações dolorosas e superar a dor⁸. Na

8 “A indenização, em caso de danos morais, não visa reparar, no sentido literal, a dor, a alegria, a honra, a tristeza ou a humilhação; são valores inestimáveis, mas isso não impede que seja precisado um valor compensatório, que amenize o respectivo dano, com base em alguns elementos como a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima, sua situação familiar e social, a gravidade da falta, ou mesmo a condição econômica das partes”. (STJ, 5ª T., REsp nº 239.973/RN, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 16.05.2000, DJ 12.06.2000, p. 129)

expressão lapidar de Cunha Gonçalves, a indenização pelo dano moral “não é remédio, que produza a cura do mal, mas sim um calmante. Não se trata de suprimir o passado, mas sim de melhorar o futuro”⁹.

O Projeto de Lei nº 6.960/2002, apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza, propõe introduzir mais um parágrafo no art. 944 do Código Civil, realçando exatamente os dois fundamentos da indenização por danos morais: *§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante* (NR). Em reiteradas decisões o Colendo STJ vem enfatizando a dupla finalidade da indenização por danos morais, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 860.705: “O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor para que não volte a reincidir”¹⁰.

Uma parte da doutrina civilista entende que não se mostra cabível a função punitiva da indenização por danos morais, já que a pena deve ser tratada no seu ramo próprio no campo do Direito Penal. Enfatizam que a indenização deve ficar restrita à sanção civil, pelo que não deve atingir o território da punição de caráter penal, como asseveram os defensores da teoria do valor de desestímulo, inspirada nos *punitive damages* do direito norte-americano. No Brasil, entretanto, prevalece na doutrina e jurisprudência o sistema aberto que conjuga o caráter compensatório e punitivo do dano moral. A propósito, por ocasião da IV Jornada de Direito Civil promovida em Brasília pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado nº 379, confirmando a validade do aspecto punitivo da indenização pelos danos morais, com a seguinte redação: “Art. 944. O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

5 – PROVA DO DANO MORAL

Alguns juízes estão indeferindo o pedido de indenização a título de danos morais decorrentes do acidente do trabalho, ao fundamento de não ter havido prova efetiva da ocorrência do dano moral. De acordo com esse ponto de vista não é devida a indenização se a vítima suporta bem a ofensa ou se o acidente ou a doença ocupacional não lhe comprometem o aspecto psicológico, apesar

9 CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*, 1957, v. 12, t. II, p. 543.

10 (STJ, 2ª T., Refª Minª Eliana Calmon, DJ 16.11.2006.

das seqüelas definitivas que possam ter ensejado o deferimento de reparação dos danos materiais.

Consideramos equivocado esse entendimento, que coloca como pressuposto da indenização a prova de que o lesado passou por um período de sofrimento, dor, humilhação, depressão etc. Ora, é desnecessário demonstrar o que ordinariamente acontece (art. 334, I, do CPC) e que decorre da própria natureza humana, ou seja, o dano *in re ipsa*¹¹. Se houvesse mesmo a necessidade dessa prova, o resultado poderia variar tão-somente pelos aspectos pessoais do acidentado: aquele mais sensível e emotivo seria indenizado e o mais resignado teria o pedido indeferido. Discorrendo a respeito do tema, anota Rui Stoco:

“A afirmação de que o dano moral independe de prova decorre muito mais da natureza imaterial do dano do que das *quaestionis facti*. Explica-se: Como o dano moral é, em verdade, um ‘não dano’, não haveria como provar, quantificando, o alcance desse dano, como ressuma óbvio. Sob esse aspecto, porque o gravame no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material.”¹²

Para a condenação compensatória do dano moral não é imprescindível a produção de prova das repercussões que o acidente do trabalho tenha causado, como ocorre no campo dos danos materiais; basta o mero implemento do dano injusto para criar a presunção dos efeitos negativos na órbita subjetiva do acidentado. Nesse sentido a doutrina de Sérgio Cavalieri:

“O dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.”¹³

11 “Provado o fato, não há necessidade de prova do dano moral, nos termos de persistente jurisprudência da Corte” (Cf. STJ, 3ª T., REsp nº 261.028/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJ 20.08.2001). “Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto”. (STJ, 4ª T., REsp nº 173.124/RS, Rel. Min. Asfor Rocha, DJ 19.11.2001.

12 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007, pp. 1714-1715.

13 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 83.

DOCTRINA

Ainda que a vítima, por razões pessoais, tenha suportado bem o acidente ou a doença ocupacional, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral expõe também uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator e a sociedade a punição exemplar decorrente do desrespeito às regras da segurança e saúde no local de trabalho. Enfatiza Carlos Alberto Bittar que “não se cogita, em verdade, pela melhor técnica, em prova de dor, ou de aflição, ou de constrangimento, porque são fenômenos ínsitos na alma humana como reações naturais a agressões do meio social. Dispensam, pois, comprovação, bastando, no caso concreto, a demonstração do resultado lesivo e a conexão com o fato causador, para responsabilização do agente”¹⁴.

Em síntese, quando estiverem presentes os pressupostos para o deferimento da reparação pelos danos materiais, é cabível também o acolhimento do pedido de indenização pelos danos morais. A jurisprudência mais autorizada também adota o entendimento aqui esposado, valendo transcrever a ementa de alguns acórdãos:

“Dano moral. Demonstração. Doença profissional. Caracterização. I. O dano moral prescinde de prova da sua ocorrência, em virtude de ele consistir em ofensa a valores humanos, bastando a demonstração do ato em função do qual a parte diz tê-lo sofrido. II. Por isso mesmo é que em se tratando de infortúnio do trabalho há de se provar que ele, o infortúnio, tenha ocorrido por dolo ou culpa do empregador, cabendo ao Judiciário se posicionar se o dano dele decorrente se enquadra ou não no conceito de dano moral. III. É certo que o inciso X do art. 5º da Constituição elege como bens invioláveis, sujeitos à indenização reparatória, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. IV. Encontra-se aí subentendida no entanto a preservação da dignidade da pessoa humana, em virtude de ela ter sido erigida em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do art. 1º, inciso III, da Constituição. V. Significa dizer que a norma do inciso X do art. 5º da Carta Magna deve merecer interpretação mais elástica a fim de se incluir entre os bens ali protegidos não só a honra e a imagem no seu sentido mais estrito, mas também seqüelas psicológicas oriundas de ato ilícito,

14 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 136.

DOUTRINA

em razão de elas, ao fim e ao cabo, terem repercussões negativas no ambiente social. VI. Constatado ter o recorrido adquirido hérnia de disco em consequência das condições agressivas do trabalho executado, em função da qual se extrai notório abalo psicológico e acabrunhamento emocional, tanto quanto irrefutável depressão por conta do confinamento das possibilidades de inserção no mercado de trabalho, impõe-se a conclusão de achar-se constitucionalmente caracterizado o dano moral. Recurso conhecido e desprovido. (TST, 4ª T., RR nº 449/2004-561-04-00.9, Rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 19.12.2006)

“Indenização. Dano moral. Dano presumido. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está ínsito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. Afirma Ruggiero: ‘Para o dano ser indenizável, basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.’” (STJ, 1ª T., REsp nº 608.918, Rel. Min. José Delgado, DJ 21.06.2004)

“Ação indenizatória. Acidente de trabalho. Lesão por esforço repetitivo – LER. Dano moral. Para a indenização por dano moral motivada por doença profissional, bastante a prova do fato, do qual decorre, no caso, a óbvia repercussão psicológica sobre a trabalhadora que se vê atingida e frustrada em face de sua capacidade para continuar exercendo a atividade laboral para a qual se preparou e concretamente desempenhava, integrada à classe produtiva de seu país.” (STJ, 4ª T., REsp nº 329.094/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, RSTJ, v. 15, n. 163, p. 388, mar. 2003)

De qualquer forma, pode ser do interesse da vítima demonstrar a extensão dos danos morais, com as singularidades do caso concreto, cujas provas poderão influenciar no arbitramento do valor da indenização, mormente se o acidente do trabalho tiver causado repercussões prejudiciais mais agudas, acima do que a simples presunção sugere. Com efeito, não se exige a prova dos danos morais como pressuposto de condenação, mas na instrução processual podem ser colhidos elementos importantes que auxiliem o julgador na dosimetria adequada do montante indenizatório.

6 – CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO

O valor da indenização por dano moral tem sido fixado por arbitramento do juiz, de acordo com as circunstâncias do caso, já que não existe ainda dispositivo legal estabelecendo parâmetros objetivos a respeito¹⁵.

A opção atual do arbitramento pelo Judiciário propicia ao juiz fixar com mais precisão e liberdade a justa indenização, sem as amarras normativas padronizadas, de modo a poder dosar, após análise equitativa, o valor da condenação com as tintas específicas do caso concreto. Com efeito, está sedimentada a tendência de não haver qualquer tarifação para o dano moral, nem mesmo para aqueles casos previstos na Lei de Imprensa: “Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas”¹⁶. No ano de 2004, o STJ adotou a Súmula 281, prevendo: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Enfatiza o professor Fernando Noronha que “a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da *satisfação compensatória*: o quantitativo pecuniário a ser atribuído

15 O Projeto de Lei nº 150 de 1999, já aprovado no Senado e atualmente aguardando votação na Câmara dos Deputados (PL nº 7.124/2002), estabelece os critérios para a fixação do valor dos danos morais:

“Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

§ 3º A capacidade financeira do causador do dano, por si só, não autoriza a fixação da indenização em valor que propicie o enriquecimento sem causa, ou desproporcional, da vítima ou de terceiro interessado.

§ 4º Na reincidência, ou diante da indiferença do ofensor, o juiz poderá elevar ao triplo o valor da indenização.”

16 (STJ, 4ª T., REsp nº 103.312/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 09.10.2000, p. 150)

DOUTRINA

ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física”¹⁷.

Assinala o Juiz Artur Marques da Silva Filho que “a doutrina e a jurisprudência vêm indicando que sempre deve ser considerado: o grau de culpa, o dano em si, as condições econômicas e sociais da vítima e do ofensor. A solução do problema de estimação do *quantum* deve ser casuística”¹⁸. Para Caio Mário, a vítima “deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”¹⁹.

Pode ser também invocada, analogicamente, a disposição do parágrafo único do art. 953 do Código Civil, que estabelece: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”.

O pagamento da indenização por danos morais, no entanto, não obedece ao mesmo critério aplicado aos danos materiais. Em vez de se estabelecer um valor mensal na forma de pensionamento, deve-se arbitrar uma indenização para pagamento imediato, em parcela única, como forma rápida de amenizar o sofrimento e propiciar alguma melhoria de vida para a vítima, considerando as suas condições pessoais. Nesse sentido, observou o Juiz Páris Pena, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que:

“Em matéria de dano moral, o valor da indenização há de ser suficiente tanto para facilitar a que o ofendido obtenha lenitivos para sua dor, não pela quantificação em termos materiais, como, também, porque, mercê da indenização respectiva, poderá cercar-se de condições de sobrevivência mais compatíveis com sua dignidade de pessoa humana, tornando-a mais apta ao enfrentamento diuturno de sua deficiência. Além disso, tal condenação tem o efeito pedagógico, no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditores e dissuasivos de condutas quais as que teve a ré.”²⁰

17 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. 2003, p. 569.

18 SILVA FILHO, Artur Marques da. “A responsabilidade civil e o dano estético”. *Revista dos Tribunais*, v. 689, p. 47, 1993.

19 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 2002, p. 60.

20 Cf. TAMG, 1ª Câm. Civil., Ap. Cível nº 213.381-9, Rel. Juiz Páris Pena, j. 11.06.1996.

DOCTRINA

Em arremate, podemos afirmar que, por enquanto, não há parâmetros ou limites normativos para estipular o valor da indenização por dano moral, ficando ao prudente arbítrio do juiz a sua fixação, diante das múltiplas especificidades do caso concreto. Todavia, algumas considerações importantes assentadas na doutrina e jurisprudência devem nortear a dosimetria dessa indenização:

- a) a fixação do valor indenizatório obedece a duas finalidades básicas que devem ser ponderadas conforme as peculiaridades do acidente ou doença ocupacional: compensar a dor, o constrangimento ou o sofrimento da vítima e, pedagogicamente, combater a impunidade²¹;
- b) é imprescindível considerar o grau de culpa do empregador e a gravidade dos efeitos do acidente ou doença ocupacional;
- c) o valor arbitrado não tem como objetivo servir para enriquecimento da vítima, nem de ruína para o empregador²²;
- d) o arbitramento da indenização deve ser feito com a devida prudência, mas temperada com a necessária coragem, fugindo dos extremos dos valores irrisórios ou dos montantes exagerados, que podem colocar em descrédito o Poder Judiciário e esse avançado instituto da ciência jurídica;
- e) deve-se ter em conta a situação econômica das partes, especialmente para que a penalidade tenha efeito prático e repercussão na política administrativa da empresa;
- f) ainda que a vítima tenha suportado bem a ofensa, permanece a necessidade da condenação, pois a indenização pelo dano moral tem também uma finalidade pedagógica, já que demonstra para o infrator

21 “DANO MORAL. VALOR FIXADO. EFEITO PEDAGÓGICO E PUNITIVO. O escopo da reparação do prejuízo experimentado pela vítima concentra-se na inibição do agente causador do dano a praticar outros atos ilícitos, sem permitir o locupletamento da outra parte. Nessa linha de raciocínio, deflui-se que o valor arbitrado atingiu o desígnio esperado, ou seja, a função pedagógica e punitiva que a indenização deve representar para o agente ofensor. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (TST, 2ª T., AIRR nº 4039/2002-902-02-00, Rel. Min. Simpliciano Fontes de F. Fernandes, DJ 23.06.2006)

22 “DANO MORAL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. A quantificação do dano moral deve atender às necessidades da parte ofendida e aos recursos da parte ofensora, de modo a não ser o valor da indenização demasiado alto para acarretar um enriquecimento sem causa àquele que o recebe, nem tão insignificante a ponto de ser inexpressivo para quem o paga. Devem ser consideradas, invariavelmente, a intensidade, a gravidade, a natureza e os reflexos do sofrimento experimentado, bem como a repercussão de caráter pedagógico que a pena imposta trará ao ofensor.” (TRT 12ª R., Acórdão nº 2.487/2007, Rel. Juiz Gilmar Cavalheri, DJ 15.03.2007)

e a sociedade a punição exemplar daquele que desrespeitou as regras básicas da convivência humana²³.

7 – CUMULAÇÃO DO DANO MORAL E DANO ESTÉTICO

Além das indenizações por dano material e moral, pode ser cabível a indenização por dano estético, quando a lesão decorrente do acidente do trabalho compromete ou pelo menos altera a harmonia física da vítima. Enquadra-se no conceito de dano estético qualquer alteração morfológica do acidentado como, por exemplo, a perda de algum membro ou mesmo um dedo, uma cicatriz ou qualquer mudança corporal que cause repulsa, afeiamento ou apenas desperte a atenção por ser diferente²⁴.

O prejuízo estético não caracteriza a rigor um terceiro gênero de danos, mas representa uma especificidade destacada do dano moral, sobretudo quando não produz repercussão de natureza patrimonial, como ocorre no caso de acidentes sofridos por um artista ou modelo. Aliás, pontua Teresa Ancona que o dano à estética pessoal é uma das espécies do gênero dano moral²⁵.

Com o reconhecimento efetivo do dano moral pela Constituição de 1988, durante algum tempo predominou o entendimento de que a indenização desse dano, por ser mais ampla, já abrangia o dano estético. Aliás, no IX Encontro de Tribunais de Alçada, realizado em São Paulo no ano de 1997, adotou-se como conclusão unânime que “o dano moral e dano estético não se acumulam, porque ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral”.

23 Vale citar alguns exemplos de valores de indenizações por danos morais, fixados pelos Tribunais Superiores: 1. TST, AIRR 1358/2002-011-11-41 – Mantida a condenação em 400 salários mínimos; 2. STJ, REsp 575.523 – Mantida indenização de R\$ 100.000,00; 3. STJ, REsp 565299 – Provimento do recurso para aumentar o valor para 250 salários mínimos; 4. STJ, REsp 612613 – Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 5. TST, RR 1600/2004-002-23-40 – Fixado o valor de 30 vezes a remuneração do autor; 6. STJ, REsp 577787 – Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 7. STJ, REsp 721.091 – Provimento do recurso para elevar a indenização para R\$ 150.000,00; 8. STJ, REsp 515750 – Provimento do recurso para reduzir a indenização para 300 salários mínimos; 9. STJ, AGA 495955 – Mantida a indenização de 500 salários mínimos; 10. TST, AIRR 1358/2002-011-11-41 – Mantida a condenação em 400 salários mínimos.

24 Para *Griot*, inclui-se na integridade corporal a integridade da aparência, da imagem, principalmente os traços da face e os movimentos habituais de uma pessoa. Observa, ainda, que “haverá atentado à existência física não somente em caso de ferimento, de secção ou fratura de uma parte do corpo, como também quando o gravame é feito à aparência física: cada ser humano vem ao mundo envolvido na forma de seu corpo; ele será julgado em grande parte, conforme a sua aparência física, que lhe pode atrair, à primeira vista, a simpatia ou a antipatia; é por sua aparência física que uma pessoa marca desde o início seu círculo de ação, e esta aparência pode favorecer ou prejudicar o desenvolvimento de sua personalidade”. Apud CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2005, p. 203.

25 LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*, 2004, p. 21.

Mas a jurisprudência seguiu trilha diversa. No julgamento da Apelação Cível nº 1.669/97 do antigo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, deferiu-se o pagamento de indenizações cumuladas para o dano estético e o dano moral, adotando-se como fundamento: “Danos estéticos e danos morais. Efeitos diversos, o dano estético correspondendo a uma alteração morfológica do indivíduo, à lesão física facilmente perceptível exteriormente, à deformação corporal que agride a visão, causando desagrado, repulsa, desconforto etc., sendo o dano moral o sofrimento mental, a dor da alma, a aflição e angústia a que a vítima é submetida, causando-lhe depressão, desânimo e sensação irremovível de infelicidade”²⁶. De forma semelhante decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível nº 12.227/99, adotando como ementa do acórdão:

“Dano moral. Cumulação com dano estético. É possível a acumulação de dano moral com estético quando as respectivas indenizações decorram de pressupostos próprios de cada um deles, ou seja, concedesse a primeira verba em virtude do sofrimento e da angústia por que passou a vítima no momento do fato e ao longo do tratamento, e a segunda como reparação da deformidade resultante do evento danoso.”²⁷

Posteriormente, também o Colendo STJ, inspirado pelas decisões do Rio de Janeiro, passou a adotar entendimento no sentido da possibilidade de cumulação das duas indenizações²⁸.

Como se verifica, mesmo estando a espécie dano estético compreendida no gênero dano moral, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para deferir indenizações distintas quando esses danos forem passíveis de apuração em separado, com causas inconfundíveis. O dano estético está vinculado ao sofrimento pela deformação com seqüelas permanentes, facilmente percebidas, enquanto o dano moral está ligado ao sofrimento e todas as demais consequências nefastas provocadas pelo acidente²⁹.

26 RJ, Tribunal de Alçada, 7ª Câm. Civil, Rel. Fabricio Paulo Bandeira Filho, j. 02.04.1997.

27 Cf. TJRJ, 16ª Câm. Civil, Rel. Des. Miguel Ângelo Barros, j. 07.01.1999, DORJ 24.06.1999, In: *Revista dos Tribunais*, v. 88, n. 769, p. 352, nov. 1999.

28 Confira, dentre outros, os acórdãos dos Recursos Especiais ns. 94.569/RJ, 203.142/RJ, 210.351/RJ e 244.839/RJ.

29 “ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULATIVIDADE. As indenizações por danos morais e estéticos decorrentes de um mesmo acidente de trabalho podem ser cumuladas, porquanto, quando a lesão implica uma deformidade física permanente, são atingidos, ao mesmo tempo, bens jurídicos claramente distintos: a higidez emocional, ligada ao sofrimento psíquico provocado pelo acidente, e a integridade física, vinculada à deformação estética irreversível.” (TRT 12ª R., RO nº 01476-2005-024-12-00-5, Relª Juíza Maria Regina Olivé Malhadas, DJ 15.10.2006)

DOUTRINA

Anota Sérgio Cavalieri que “prevaleceu na Corte Superior de Justiça o entendimento de que o dano estético é algo distinto do dano moral, correspondendo o primeiro a uma alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa; e o segundo, ao sofrimento mental – dor da alma, aflição e angústia a que a vítima é submetida. Um é de ordem puramente psíquica, pertencente ao foro íntimo; outro é visível porque concretizado na deformidade”³⁰.

A opção do Código Civil de 2002, de indicar genericamente a indenização de outras reparações ou prejuízos que o ofendido prove haver sofrido (arts. 948 e 949), deixa espaço indiscutível para acrescentar a compensação pelo dano estético, conforme se apurar no caso concreto.

Atualmente, a jurisprudência está firme no sentido de que é possível a cumulação das indenizações por dano moral e dano estético, devendo os fundamentos da decisão indicar os motivos de um e outro deferimento:

“Indenização. Atropelamento. Amputação de membro inferior. Fixação de verba única para cobrir a condenação devida pelos danos moral e estético. Permite-se a cumulação de valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, somente quando os referidos danos forem passíveis de apuração em separado, tendo causas inconfundíveis que devem ficar devidamente explicitadas pelo órgão julgador ao atribuir valores em separado a cada um deles, sob pena de indevido *bis in idem*. A cumulação dos danos moral e estético é atendida quando, ainda que se tenha a estipulação de um valor único, nele se tenha expressamente considerado o valor devido pelos dois danos.” (STJ, 4ª T., REsp. nº 203.142/RJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 27.03.2000)

“Dano moral e dano estético. Cumulação. Admite-se a cumulação do dano moral e estético, ainda que derivados do mesmo fato, quando possuem fundamentos distintos. O dano moral é compensável pela dor e constrangimento impostos ao autor e o dano estético pela anomalia que a vítima passou a ostentar. O dano estético afeta ‘a integridade pessoal do ser humano, em geral, e em particular a harmonia física, concebidas como materialização de um direito humano garantido no nível constitucional’. Ele poderá ser o resultado de uma ferida que gera cicatriz, da amputação de um membro, falange, orelha, nariz, olho ou outro

30 CAVALIERI FILHO. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, pp. 97-98.

DOCTRINA

elemento da anatomia humana. Quando se constata que um semelhante possui alguma parte do corpo alterada em relação à imagem que tinha formado o observador, o fato causa impacto a quem percebe através de seus sentidos. É inegável que esse dano estético provoca também impacto sobre a percepção da própria vítima, afetada com a diminuição da harmonia corporal. O que se visa proteger não é a beleza, valor relativo na vida cotidiana, mas garantir as circunstâncias de regularidade, habitualidade ou normalidade do aspecto de uma pessoa; busca-se reparar que o ser humano, vítima da cicatriz, se veja como alguém diferente ou inferior, ante a curiosidade natural dos outros, na vida de relação. A reparação não resulta, portanto, do fato de a cicatriz ser repulsiva, embora essa circunstância possa aumentar o *quantum* ressarcitório, tampouco de ser sanada mediante uma cirurgia plástica, fato que poderá atenuar o valor da indenização (GRANDOV, Balldomero; BASCARY, Miguel Carrillo. Cicatrices. Dano estético y Derecho a la integridad física. Rosário: Editora FAZ, 2000, pp. 34 e 40).” (TRT 3ª R., 2ª T., RO nº 01771-2002-032-03-00-2, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, Revista LTr, v. 68, nº 3, p. 361, mar. 2004)

“Indenização. Acidente do trabalho. Danos morais e estéticos. Cumulação. Cumula-se o ressarcimento do dano estético com o dano moral quando, em relação a este, ocorrer a deformidade física que, expondo a vítima a constrangimentos, venha a causar-lhe também a perda da auto-estima, experimentando prejuízos em conviver ou suportar a lesão estética, até mesmo dificultando em conseguir emprego.” (TJMG, 11ª Câmara, Apelação Cível nº 2.0000.00.420497-7/000(2), Rel. Des. Duarte de Paula, DJ 24.04.2007)

Como se depreende do exposto, o acidente do trabalho que acarreta alguma deformação morfológica permanente pode gerar o dano moral cumulado com o dano estético, ou apenas o primeiro, quando não ficar qualquer seqüela. Em outras palavras, o acidentado que sofreu qualquer deformação pode receber uma indenização por danos morais agravada, cuja agravante (o dano estético) deve ser calculada separadamente.

8 – LEGITIMIDADE PARA POSTULAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Cabe analisar neste passo a questão controvertida a respeito da legitimidade para postular a indenização por danos morais, especialmente no caso de acidente fatal. Quais pessoas, dentre os familiares ou aqueles que de

alguma forma mantinham vínculos de proximidade com a vítima, são titulares do direito à indenização por danos morais?

Inicialmente, é oportuno registrar que a competência para o julgamento dos pedidos de indenização por danos morais ou materiais decorrentes do acidente do trabalho é da Justiça do Trabalho, mesmo quando os postulantes são os dependentes ou sucessores da vítima. A nova redação do art. 114 da Constituição da República, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, atribui à Justiça Laboral competência para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho” e, mais enfaticamente no inciso VI, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”. Como se verifica, a competência foi atribuída à Justiça do Trabalho em razão da matéria e não da pessoa, visto que o cerne da controvérsia a ser apreciada continuará sendo se ocorreu o acidente do trabalho ou situação equiparada, se o empregador agiu com dolo ou culpa, se houve (des)cumprimento das normas de segurança da CLT, se houve culpa exclusiva ou concorrente da vítima, se as condições e a organização do trabalho eram saudáveis, etc.

É verdade que as decisões do STJ nos conflitos de competência estavam adotando o entendimento de que a competência, nessa hipótese, era da Justiça Comum, mas o STF, em recente pronunciamento, explicitou que a competência é mesmo da Justiça do Trabalho:

“Agravo regimental em Recurso Extraordinário. Constitucional. Competência em razão da matéria. Indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho. Ação ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido. Competência da Justiça Especial. Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior. Precedente: CC 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido.” (STF, 1ª T., RE-AgR 503.043/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 01.06.2007)

O acidente do trabalho fatal repercute intensamente no núcleo familiar do falecido, mas projeta seus reflexos dolorosos a todos que de alguma forma estavam a ele vinculados afetivamente. O passamento repentino do trabalhador que saiu de casa para ganhar a vida, mas paradoxalmente a perde, causa “um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade,

de desestímulo, de irresignação³¹. Como observa *Sérgio Severo*, “se a morte de alguém não aniquila o espírito das pessoas que lhe querem, com certeza amputa-lhes uma importante parte do seu patrimônio afetivo³²”.

Com efeito, os danos causados pelo óbito atingem reflexamente outros parentes ou mesmo terceiros que compartilhavam da convivência do acidentado. São os chamados danos morais indiretos ou em ricochete, decorrentes do ato ilícito. O mesmo acontece nos acidentes graves que deixam o trabalhador com invalidez permanente total, alterando por completo sua rotina de vida.

Se é verdade que todos os que se sentiram lesados são, potencialmente, titulares do direito à reparação dos danos morais e, ainda, que a morte projeta repercussões diretas e indiretas sobre um grande número de pessoas, como identificar, dentre aquelas atingidas, quem ou quais têm legitimidade para receber indenização?

A resposta não é tão simples, sobretudo em razão da ausência de previsão legal a respeito. Vejam que a morte poderá causar sofrimento intenso, conforme as circunstâncias, para o cônjuge, filhos, pais, netos, avós, sobrinhos, tios, genros, noras, primos etc. Sem falar nas situações decorrentes da união estável, ligações homossexuais duradouras, noivos, afilhados, amigos íntimos, ex-cônjuge e inúmeras situações que poderão surgir na apreciação do caso concreto.

Por outro lado, se vier a ser deferida a reparação para todos os que de algum modo sentiram a dor da perda, há o risco de estender demasiadamente o âmbito da indenização, podendo gerar uma indesejável banalização do dano moral. Vale lembrar que no caso do dano material, aqui invocado por analogia, o Código Civil estabeleceu que somente serão ressarcidos os danos diretos e imediatos (art. 403).

Predomina, portanto, o entendimento de que a abrangência do dano moral passível de indenização é mais restrita. A maior dificuldade é conseguir formular um critério seguro para estabelecer essa delimitação.

Quando nos deparamos com essas demandas, o primeiro pensamento sugere que os beneficiários da reparação serão os membros do núcleo familiar mais íntimo da vítima. Mas essa colocação deve ser analisada com cautela, porque nas últimas décadas ocorreu no Brasil uma mudança significativa no perfil demográfico. A família, no sentido estrito, encolheu e a natureza do

31 CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2005, p. 114.

32 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, 1996, p. 25.

vínculo afetivo diversificou-se. Além disso, os membros da família, em razão das demandas profissionais, podem estar espalhados por diversas localidades distantes, não havendo mais aquela convivência de proximidade, a não ser para um grupo reduzido.

O Código Civil de 1916 estabelecia no parágrafo único do art. 76: “O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”. Essa regra, contudo, não foi acolhida no Código de 2002. Talvez pudéssemos fazer alguma analogia com a previsão estampada no parágrafo único do art. 12³³.

Em Portugal o Código Civil³⁴ tem disposição expressa sobre os beneficiários da indenização por danos morais (ou danos não patrimoniais), sendo que a existência dos parentes mais próximos exclui do direito os mais afastados:

“Art. 496º 2. Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.”

De certa forma há um consenso doutrinário e jurisprudencial de que o núcleo familiar básico, formado por aqueles que tenham residido sob o mesmo teto, convivendo diariamente com a vítima, são partes legítimas para postular a indenização por dano moral. Na maioria das vezes, as ações têm sido ajuizadas pelo cônjuge sobrevivente, isoladamente ou em conjunto com os filhos da vítima. Aliás, o STF, em decisão de 1967, já mencionava: “O dano decorrente da morte de uma pessoa, ligada a outra por vínculo de sangue, é presumido, daí, o direito a indenização”³⁵.

Como visto, há uma presunção de danos morais para os componentes do núcleo familiar mais íntimo da vítima. No entanto, adverte Cavalieri Filho que “só em favor do cônjuge, companheira, filhos, pais e irmãos menores há uma presunção *juris tantum* de dano moral por lesões sofridas pela vítima ou em razão de sua morte. Além dessas pessoas, todas as outras, parentes ou não,

33 Código Civil. Art. 12. Parágrafo único: “Em se tratando de morto, terá legitimidade para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

34 Aprovado pelo Decreto-Lei nº 47.344 de 25 nov. 1966.

35 Cf. STF, 1ª Turma, RE nº 59358/GB, Rel. Min. Djaci Falcão, j. 05.06.1967.

terão que provar o dano moral sofrido em virtude de fatos ocorridos com terceiros³⁶.

Apesar da presunção mencionada, importa salientar que o laço de parentesco não é o fator decisivo para o julgamento da legitimidade, porquanto o pressuposto básico é o laço afetivo³⁷. Como pondera Aguiar Dias, há mortes que causam alívio e não aflição aos parentes, enquanto, muitas vezes, terceiros experimentam sofrimento intenso pela morte de alguém³⁸.

Ao trabalhar o tema dos legitimados à reparação pelo dano moral, Caio Mário constata a complexidade da matéria, mas sugere alguns critérios de identificação:

“Onde a matéria se complica é quando um terceiro pretende a indenização por dano moral, em consequência da lesão sofrida por outrem (o pai em relação ao filho, deste em relação àquele, do marido quanto à mulher e vice-versa). O primeiro elemento a considerar é o grau do relacionamento entre a vítima e o demandante. O segundo são as circunstâncias de fato, se os cônjuges, posto não legalmente separados, o estão de fato; se o filho é rompido com o pai; e outras circunstâncias de fato ponderáveis. Em terceiro lugar, o que inspira o juiz a existência de ‘dor real e profunda’ a que se referem Mazeaud e Tunc, circunstância esta que Yves Chartier qualifica como ‘necessariamente subjetiva’.”³⁹

Afirma Carlos Alberto Bittar que “as pessoas legitimadas são, exatamente, aquelas que mantêm vínculos firmes de amor, de amizade ou de afeição com os parentes mais próximos; os cônjuges que vivem em comum; os unidos estavelmente, desde que exista a efetiva aproximação...”⁴⁰. Na concepção de Wilson Rodrigues Alves, são legitimadas para postular o dano moral “as pessoas mais próximas da vítima, porquanto essa proximidade suscita o vínculo

36 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 84.

37 Na opinião do juiz paulista *Ronaldo Alves de Andrade*, além dos familiares nucleares, “são legitimados ao pleito de dano moral decorrente do homicídio, aquelas pessoas muito próximas à vítima e que com ela mantinham especial relação afetiva e que por essa razão experimentaram extremada dor moral em razão da perda do ente querido. É o caso da companheira, noiva ou namorada que durante anos mantinham estreita relação afetiva com a vítima e que muita vez sofrem mais a perda do que os próprios familiares. Destarte, nos parece injusta a solução que somente reconhece legitimidade aos familiares da vítima”. Cf. *Dano moral à pessoa e sua valorização*, 2000, p. 163.

38 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 794.

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, 2002, p. 317.

40 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 156, nota de rodapé nº 277.

de afeição e, com a ruptura dele, o que traduz empiricamente o dano apatrimonial, pela diminuição do que a dor acarreta à energia da vida”⁴¹.

Por tudo que foi exposto, é imperioso concluir que a identificação dos legitimados para postular indenização por dano moral dependerá muito das especificidades do caso concreto, de acordo com o prudente convencimento do juiz. Com certeza o ponto de partida será sempre o núcleo familiar restrito, dos que mantinham convivência mais íntima com a vítima e que são presumivelmente aqueles diretamente afetados. Outros pretendentes também poderão lograr êxito, desde que apresentem provas convincentes de laço afetivo duradouro com a vítima e dos efeitos danosos causados pela morte, de modo a justificar o deferimento da reparação por danos morais. Para finalizar este tópico, vale citar alguns julgados a respeito do tema:

“Responsabilidade civil. Morte. Dano moral. Legitimidade e interesse de irmãos e sobrinhos da vítima. Circunstâncias da causa. Convívio familiar sob o mesmo teto. Ausência de dependência econômica. Irrelevância. Precedente da turma. I. A indenização por dano moral tem natureza extrapatrimonial e origem, em caso de morte, no sofrimento e no trauma dos familiares próximos das vítimas. Irrelevante, assim, que os autores do pedido não dependessem economicamente da vítima. II. No caso, em face das peculiaridades da espécie, os irmãos e sobrinhos possuem legitimidade para postular a reparação pelo dano moral.” (STJ, 4ª T., REsp nº 239.009/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.09.2000)

“Responsabilidade Civil. Indenização. Dano extrapatrimonial. Morte de irmã. Os irmãos têm direito à reparação do dano moral sofrido com a morte da irmã, sendo presumidamente maior a dor da irmã viúva que morava em companhia da vítima, diferente do irmão, casado, residente em outro endereço. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido.” (STJ, 4ª T., REsp nº 254.318/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 22.03.2001)

“Responsabilidade civil. Dano moral e material. Acidente de trabalho que causa paraplegia ao marido e pai. Dano reflexo. Sofrimento dos familiares. Dever de indenizar. A extensão dos danos morais aos membros da família se torna inevitável, pois em decorrência do princípio da solidariedade familiar. Os membros ligados pelo sangue, afeto e amor,

41 ALVES, Vilson Rodrigues. *Acidentes de trânsito e responsabilidade civil*, v. II, 2002, p. 756. Esse mesmo autor afirma em nota de rodapé, na página indicada, que “não é a dor que se indeniza. É o que a dor diminui da energia vital. Rigorosamente, o dano moral não é essa dor, mas o que essa dor acarreta”.

auxiliam o pai e marido debilitado, buscando facilitar e amenizar a convivência com a nova situação, condignamente, tentando, sempre que possível, abrandar o sofrimento, que no caso da paraplegia se torna patente. O direito de indenizar o abalo emocional dos familiares deflui do próprio princípio do direito à saúde, uma vez que, pela sua releitura podemos compreendê-lo como o completo bem-estar psicofísico e social.” (TJMG, 4ª Câm. Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.579590-0/001, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, DJ 19.04.2007)

9 – TRANSMISSIBILIDADE DO DANO MORAL

Uma corrente doutrinária defende que o dano moral tem caráter personalíssimo, não sendo, portanto, transmissível com a herança, já que a personalidade desaparece com a morte do seu titular. Nessa linha de raciocínio observa o clássico Wilson Melo da Silva:

“Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência o mundo interior de cada um de nós. (...) Os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Desaparecem com o próprio indivíduo. Podem os terceiros compartilhar de minha dor, sentindo, eles próprios, por eles mesmos, as mesmas angústias que eu. O que se não concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias, possam ser transferidas de mim para o terceiro. Isto seria atentatório da própria natureza das coisas e, materialmente, impossível. Não existe, pois, o *jus hereditatis* relativamente aos danos morais, tal como acontece com os danos puramente patrimoniais. A personalidade morre com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio. Só os bens materiais sobrevivem ao seu titular.”⁴²

O Código Civil argentino adota expressamente como regra a corrente da intransmissibilidade do direito à indenização pelo dano moral, salvo quando a ação tiver sido ajuizada pelo defunto⁴³.

42 SILVA, Wilson Melo da. *O Dano moral e sua reparação*, 1983, p. 649. No mesmo sentido pontua *Yussef Cahali*: “Não se adquire esse direito por sucessão, nem é ele transmissível aos herdeiros do seu titular. Direito personalíssimo, atrelado, aliás, aos direitos da personalidade, só o respectivo titular se legitima para o seu exercício, e ninguém pode fazê-lo por ele; não exercido em vida pelo beneficiário, esse direito à reparação do dano moral fenece, levando o beneficiário para seu túmulo toda a consternação de um dano moral não reparado”. Cf. *Dano moral*, 2005, p. 171.

43 Argentina. Código Civil. “Art. 1.099. Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto.”

Cumprе assinalar, porém, que mesmo para os defensores dessa corrente, poderiam os dependentes da vítima reclamar a indenização, mas agindo em nome próprio, pelo seu dano moral pessoal, a dor de cada um, e não como direito do acidentado transmitido pela via hereditária.

Já os defensores da transmissibilidade, como o também clássico Aguiar Dias, argumentam que “a ação de indenização se transmite como qualquer outra ação ou direito aos sucessores da vítima. Não se distingue, tampouco, se a ação se funda em dano moral ou patrimonial. A ação que se transmite aos sucessores supõe o prejuízo causado em vida da vítima. Porque a um morto não se pode causar nenhum dano”⁴⁴.

A controvérsia, todavia, a despeito dos sábios fundamentos mencionados, pode ser colocada sob outro enfoque mais esclarecedor, que permite superar o antagonismo, sem contrariar, na essência, a lição dos mestres.

Logo que acontece o dano injusto, ocorre também o fato gerador do direito à sua reparação. O Código Civil atual estabelece: violado o direito, nasce para o titular a pretensão (art. 189). E como essa reparação normalmente é feita em dinheiro, o patrimônio da vítima já passa a contar com aquele provável crédito. Ora, como a herança é considerada um todo unitário (art. 1.791 do Código Civil), também o crédito que poderá resultar daquela ação integra a universalidade dos bens que a compõem.

Adotando-se essa linha de raciocínio, pode-se perceber que, de fato, o dano moral não é transmissível. É mesmo uma questão de lógica incontestável. O que se transmite é o direito de acionar o responsável para reparar o dano causado à vítima quando viva. O art. 943 do Código Civil atual prevê expressamente: “O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança”. Não fosse assim, a morte da vítima seria um prêmio para o lesante, que estaria exonerado da obrigação. Em síntese, o dano sofrido pela vítima tem natureza moral, mas a sua reparação, ao contrário, tem caráter patrimonial.

A abordagem do problema por esse enfoque foi realizada, há muito, por Leon Mazeaud, merecendo transcrição, pela sua lucidez:

“O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se estendesse ao herdeiro e este, fazendo seu o sofrimento do morto, acionasse o

44 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 802.

responsável a fim de indenizar-se da dor alheia. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando vivo ainda, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo pessoal, a ação de indenização é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos herdeiros. Sem dúvida a indenização paga ao herdeiro não apaga ou elimina o sofrimento que afligiu a vítima. Mas também é certo que, se a vítima, ela mesma, houvesse recebido uma indenização, não eliminaria igualmente a dor que houvesse padecido. O direito a uma indenização simplesmente ampliou seu patrimônio. A indenização cumpre a sua finalidade compensatória, antes como depois do falecimento da vítima, com as mesmas dificuldades que resultam da reparação de um prejuízo moral por uma indenização pecuniária. Dano moral por ser de natureza extrapatrimonial, não comunica esta particularidade à ação de indenização.”⁴⁵

Em sintonia com esse entendimento, enfatizou Mário Moacyr Porto que “o sofrimento em si, é intransmissível, a dor não é ‘bem’ que compoñha o patrimônio do *de cuius*. O que se transmite por direito hereditário, é o direito de acionar o responsável, é a faculdade de perseguir em juízo o autor do dano, quer material ou moral. Tal direito é de natureza patrimonial, e não extrapatrimonial”⁴⁶.

Está predominando a corrente que defende a natureza patrimonial da ação indenizatória e conseqüentemente o seu caráter de hereditariedade, quando a vítima falece no curso da referida ação. Alinham-se nesse sentido, entre outros, Aguiar Dias, Sérgio Cavaliere, Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo, Carlos Roberto Gonçalves, Carlos Alberto Bittar e Sérgio Severo⁴⁷. Em sentido contrário manifestam-se Rui Stoco, Yussef Said Cahali e Aparecida Amarante⁴⁸.

Diante do que foi exposto, depreende-se que se a morte ocorrer quando o acidentado já tiver ajuizado a ação indenizatória a respeito do dano moral,

45 MAZEAUD, Leon. *Recueil Critique Dalloz*, 1943, p. 46, apud Mário Moacyr Porto. “Dano moral”, in: *Revista dos Tribunais*, ano 73, v. 590, dez. 1984, p. 39.

46 PORTO, Mário Moacyr. “Dano moral”, in: *Revista dos Tribunais*, ano 73, v. 590, dez. 1984, p. 39.

47 DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. II, 1995, p. 802; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 2007, p. 85; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*, v. 7, 2002, p. 151; RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*, 2001, p. 247; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, v. 11, 2003, p. 351; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 157; SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*, 1996, p. 33.

48 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007, p. 254; CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2005, pp. 171 e 802-807; AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*, 1996, p. 141.

DOUTRINA

ocorre automaticamente a transmissão do eventual crédito para os herdeiros (art. 943 do Código Civil combinado com art. 43 do CPC). Nesse aspecto está sedimentada a jurisprudência:

“Agravo de Instrumento. Indenização por dano moral. Direito personalíssimo. Processo em curso. Sucessão. O falecimento do autor no curso do processo em que busca a reparação por dano moral não impede a continuação da demanda por intermédio de seus sucessores, vez que o direito reconhecido já ganhou contornos patrimoniais. Agravo não provido.” (TST, 4ª T., AIRR nº 35806/2003-007-11-40, Relª Juíza convocada Maria Doralice Novaes, DJ 08.06.2007)

“Processual civil. Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais e materiais. Morte da vítima. Legitimidade ativa do espólio. Na linha da jurisprudência desta Corte, o espólio detém legitimidade para suceder o autor na ação de indenização por danos morais. Precedentes.” (STJ, 4ª T., REsp nº 648191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.12.2004)

O problema, no entanto, fica um pouco mais complexo quando a vítima do acidente do trabalho falece antes de ajuizar a ação reparatória.

Se ocorreu a morte imediata, não há falar em transmissão do direito de acionar o causador do dano moral, porque a vítima não sobreviveu ao acidente de modo a experimentar pessoalmente todas as agruras oriundas do infortúnio. Na hipótese, os familiares, dependentes ou os que se sentirem de algum modo lesados poderão intentar ação *jure proprio* para obter a reparação do dano moral. Não agirão na condição de sucessores da vítima, mas como autores, em nome próprio, buscando a indenização cabível.

O espólio, em tal circunstância, não detém legitimidade para postular a indenização por dano moral porque o eventual direito é daqueles indiretamente lesados (dano em ricochete) e não necessariamente dos herdeiros. O possível valor da indenização não chegou a compor o patrimônio do acidentado morto e, portanto, não faz parte da herança a ser inventariada e repartida aos herdeiros. Nessa hipótese os titulares do direito à indenização pelos danos morais devem ingressar em juízo em nome próprio e não como sucessores do morto. Daí a conveniência de sanear adequadamente o processo por ocasião da primeira audiência (art. 13 do CPC) para evitar a posterior extinção do processo. Vejam a jurisprudência:

“Espólio. Ação relativa a direitos de natureza não-hereditária. Ilegitimidade ativa. O espólio, herança ou monte-mor, figura do Direito

DOCTRINA

das Sucessões, é o conjunto de bens constitutivos do patrimônio material e moral do *de cuius* e que, pelo fato da morte, transmitir-se-á aos seus herdeiros. Nasce o espólio no momento em que se abre a sucessão e perdura tão-somente até o trânsito em julgado da sentença de partilha, quando os bens que compõem aquela universalidade são repartidos entre os interessados. Indo os bens do falecido para outras pessoas, extingue-se a comunhão hereditária e o espólio desaparece. A legitimidade *ad causam* do espólio alcança, pois, tão-somente as ações relativas a direitos transmissíveis, não abrangendo aqueles desprovidos de caráter hereditário, tais como o direito ao recebimento de indenização por danos materiais (pensionamento) e por danos morais, sofridos individualmente pelos herdeiros em razão do desenlace. Titular desses direitos não é o espólio, mas cada um dos lesados, a quem cabe defendê-los em nome próprio. Processo que se extingue, de ofício, em face da carência da ação, por ilegitimidade ativa do espólio.” (TRT 3ª R., 2ª T., RO nº 01327-2005-062-03-00-1, Rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJ 10.02.2006)

“Responsabilidade civil do Estado. Dano moral decorrente de morte causada por acidente de trabalho. Espólio. Ilegitimidade. Direito pessoal dos herdeiros. Controvérsia gravitante em torno da legitimidade ativa do espólio para pleitear a reparação por dano moral resultante do sofrimento causado à família do *de cuius*, em decorrência de seu abrupto falecimento em acidente de trabalho. O art. 1.526 do Código Civil de 1916 (atual art. 943 do CC/2002), ao estatuir que o direito de exigir reparação, bem como a obrigação de prestá-la, transmitem-se com a herança (*droit de saisine*), restringe-se aos casos em que o dever de indenizar tenha como titular o próprio *de cuius* ou sucessor, nos termos do art. 43 do CPC. Precedentes desta Corte: REsp nº 648191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª T., DJ de 06.12.2004; REsp nº 602016/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3ª T., DJ de 30.08.2004; REsp nº 470359/RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ de 17.05.2004; AgRg no REsp nº 469191/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª T., DJ de 23.06.2003; e REsp nº 343654/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., DJ de 01.07.2002. Deveras, cediço que nem sempre há coincidência entre os sujeitos da lide e os sujeitos do processo, restando inequívoco que o dano moral pleiteado pela família do *de cuius* constitui direito pessoal dos herdeiros, ao qual fazem jus, não por herança, mas por direito próprio, deslegitimando-se o espólio, ente despersonalizado, *nomine proprio*, a pleiteá-lo, posto carecer de autorização legal para

DOUTRINA

substituição extraordinária dos sucessores do falecido. Recurso especial desprovido.” (STJ, 1ª T., REsp nº 697.141, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29.05.2006)

Outra hipótese comum é aquela em que o acidentado sobreviveu lucidamente por algum tempo, porém, morreu quando estava preparando o ajuizamento da ação. Já havia, por exemplo, separado documentos, contratado advogado ou manifestado a sua intenção de obter a justa compensação dos danos morais experimentados. Nesse caso, entendemos que os herdeiros, como sucessores, ou mesmo o espólio têm legitimidade para ajuizar ação postulando a indenização por dano moral que a vítima efetivamente experimentou e indubitavelmente expressou.

Como observam Carlos Alberto Direito e Sérgio Cavaliere, “podem os herdeiros ajuizar ação para haver o ressarcimento relativo ao dano moral causado ao autor da herança, desde que demonstrem que o próprio lesado sinalizou o seu sofrimento moral, a sua indignação, a sua revolta, o seu repúdio em relação ao ato ilícito que origina o pedido de indenização formulado pelos herdeiros, embora não tenha em vida iniciado a ação correspondente”⁷⁴⁹.

Resta analisar a situação em que a vítima, apesar de ter sobrevivido lucidamente ao acidente, não esboçou qualquer desejo de buscar a reparação do dano moral, nem mesmo manifestou o seu inconformismo.

Se, por razões pessoais, o acidentado não se sentiu atingido moralmente, torna-se difícil falar em direito de reparação transmitido com a universalidade dos bens da herança. É que ele não contava com o valor da eventual indenização no seu patrimônio, ou por não ter se sentido lesado, ou por ter renunciado ao direito por razões de foro íntimo. O Ministro do STJ, Ari Pargendler, por ocasião do seu voto-vista no julgamento do Recurso Especial nº 302.029, aduziu a respeito: “Em princípio, portanto, o direito à indenização pelo dano moral se transmite hereditariamente. Mas, para esse efeito, é preciso, salvo melhor juízo, que a vítima tenha, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros querem ver reparado”.

É certo, no entanto, que o comportamento do acidentado enquanto vivo, optando por não reclamar a reparação do dano moral não prejudica os interesses dos seus familiares ou outros lesados indiretos, que poderão buscar a eventual indenização do dano extrapatrimonial em nome próprio.

49 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XIII, 2007, p. 360.

10 – ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO QUANDO HÁ VÁRIOS TITULARES

Neste passo vamos tecer algumas considerações sobre o arbitramento do dano moral quando há pluralidade de legitimados ativos, integrantes ou não do núcleo familiar mais restrito. A indenização deverá ser fixada em valor único para rateio entre os diversos credores ou atribuída separadamente a cada um?

Discorrendo a respeito do assunto, assevera Carlos Alberto Bittar que há “plena autonomia do direito de cada lesado, de sorte que, nas demandas do gênero se atribuem indenizações próprias e individualizadas aos interessados: assim acontece, por exemplo, quanto a mulher e filho, com respeito à morte provocada do marido ou pai (...). Nada impede se faça sob litisconsórcio o pleito judicial, quando admissível, mas cada demandante faz jus a indenização compatível com a sua posição”⁵⁰.

De acordo com o magistério de Humberto Theodoro Júnior, seria preferível atribuir a indenização ao “núcleo familiar como uma unidade ou uma comunidade”⁵¹. Em obra específica a respeito do dano moral, o jurista mineiro explica com mais vagar seu pensamento:

“Definidos os parentes a serem indenizados, remanesce outro problema sério: o cálculo da indenização será feito de modo a multiplicar a verba reparatória pelo número de parentes do ofendido, ou se apurará um valor geral a ser rateado entre os membros do clã? Sempre nos pareceu que a indenização do dano moral não deve ser apurada de maneira diversa do que se passa com o dano material. Assim como o pensionamento se estipula em bloco para a família, também a indenização da dor moral deve ser única, e não repetida inúmeras vezes diante de cada parente que compareça em juízo em busca de reparação.”⁵²

Se os danos morais decorrentes do acidente do trabalho fatal atingiram diretamente ou por ricochete diversas pessoas, não padece dúvida de que a pretensão reparatória é individual de cada lesado, podendo ser apresentada em juízo separadamente ou em litisconsórcio. Contudo, considerando que na apuração do dano material o valor da pensão é rateado entre os beneficiários,

50 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, 1999, p. 157.

51 THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*, v. III, t. 2, p. 49.

52 THEODORO Jr., Humberto. *Dano moral*, 2001, p. 94.

como argumentou Humberto Theodoro, é razoável também que o montante da indenização por dano moral seja fixado de forma global para o conjunto dos credores, solução essa que vem tendo acolhimento na jurisprudência mais autorizada⁵³.

A indenização única ou fixada em bloco evita que ocorra elasticidade excessiva da condenação, com o risco de desviar a reparação do dano moral de suas finalidades básicas. Nessa linha de raciocínio colhe-se o entendimento do civilista Rui Stoco:

“Não se pode pôr em dúvida que a compensação do *pretium doloris* é uma só. Se ingressa em juízo um só legitimado, terá direito a um determinado valor. Por exemplo, 200 salários mínimos. Se ingressam dois ou mais legitimados, deverão repartir entre si os mesmos 200 salários mínimos, e assim por diante. E se posteriormente outro legitimado pleiteia reparação pelo mesmo fato, quando outro já tenha obtido aquele valor em ação judicial, só restará a este último pleitear parte desse valor daquele que já recebeu e não pretender ‘valor novo’. Assim não fosse e então estar-se-ia diante de verdadeira indústria da indenização, criando-se insuportável ‘bola de neve’, o que não se admite.”⁵⁴

11 – CONTROLE DO MONTANTE INDENIZATÓRIO PELO TST

Como não há parâmetros legais para o arbitramento da indenização por danos morais, fica ao prudente arbítrio do juiz fixar o valor da condenação, de

53 “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. MORTE DE ESPOSA E MÃE. Deferimento de indenização equivalente a 500 salários-mínimos, a ser repartida igualmente entre os beneficiários. Recurso conhecido em parte pela divergência e provido parcialmente.” (STJ, 4ª T., REsp nº 163484/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.1998)

“AÇÃO INDENIZATÓRIA. FALECIMENTO DE ESPOSA E FILHO MENOR. DANO MORAL E MATERIAL. Ao reconhecer que os autores – esposo e pai, filhos e irmãos das vítimas – fazem também jus ao ressarcimento pelos danos materiais e morais sofridos, pode o STJ, em face do preceituado no art. 257 do Regimento Interno, aplicar o direito à espécie, definindo, de logo, na medida em que possível, à luz dos fatos incontroversos existentes nos autos, a indenização e/ou seus parâmetros respectivos, consoante cada uma das postulações feitas na inicial. Dano moral devido como compensação pela dor da perda e ausência suportadas pelos autores, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos por cada uma das vítimas, a serem repartidos equitativamente, consideradas as circunstâncias dos autos.” (STJ, 4ª T., REsp nº 41614/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.10.1999)

“ACIDENTE DO TRABALHO. DANO MORAL. Embora o dano moral seja individual, a quantificação da indenização devida a cada um dos familiares deve atenção também ao montante global para não se onerar excessivamente o agente responsável. Fixação da indenização em valores diferenciados, conforme a proximidade do laço familiar.” (TJRS, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 70003117819, Rel. Des. Paulo Tarso Vieira Sanseverino, j. 28.12.2001)

54 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 2007, p. 1712.

DOCTRINA

acordo com as especificidades do caso concreto, conforme acima mencionado. No entanto, em algumas ocasiões, tem ocorrido arbitramento de valores extremamente elevados ou propositadamente módicos. Nas duas hipóteses há prejuízo para a ciência jurídica e descrédito para o Poder Judiciário, podendo, paradoxalmente, “desmoralizar” o avançado instituto do dano moral. Se o valor for insignificante, permanece a revolta da vítima e o infrator não terá estímulo para alterar sua conduta; se for exagerado, causará o enriquecimento da vítima e o inconformismo do infrator pela desproporção da penalidade.

Diante de tais ocorrências, o Superior Tribunal de Justiça, desde 1997, em casos excepcionais, vem atuando no sentido de estabelecer certa razoabilidade nas indenizações por danos morais, para evitar os abusos da fixação de valores irrisórios ou exorbitantes. Enfatizam Carlos Alberto Direito e Sérgio Cavalieri que “diante dos excessos praticados com a imposição de verbas absurdas, fora da realidade, despropositadas, o Superior Tribunal de Justiça entendeu necessário rever em recurso especial o valor da indenização, superando o óbice da Súmula nº 07”⁵⁵. O Ministro do STJ, Nilson Naves, relator do acórdão pioneiro sobre o controle do valor do dano moral (REsp nº 53.321), indicou nos fundamentos daquela decisão:

“Por maiores que sejam as dificuldades, e seja lá qual for o critério originariamente eleito, o certo é que, a meu ver, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça. Urge que esta Casa, à qual foram constitucionalmente cometidas tão relevantes missões, forneça e exerça controle, de modo a que o lesado, sem dúvida alguma, tenha reparação, mas de modo também que o patrimônio do ofensor não seja duramente ofendido. O certo é que o enriquecimento não pode ser sem justa causa.”

Na mesma trilha do STJ, o Tribunal Superior do Trabalho está admitindo o processamento de Recurso de Revista para viabilizar a revisão do montante indenizatório a título de dano moral, nas hipóteses de arbitramento em valores excessivos ou irrisórios, de modo a garantir a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conforme art. 5º, V, da Constituição da República:

“Embargos da reclamante. Recurso de revista. Conhecimento. Indenização. Montante arbitrado à condenação. A Turma, para concluir

55 DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*, v. XIII, 2007, p. 377.

DOCTRINA

pela fixação do valor da indenização, em montante inferior àquele fixado pelo Regional, não incursionou na prova dos autos, mas amparou-se na inobservância dos critérios da proporcionalidade e razoabilidade preconizados no inciso V do art. 5º da CF, que restou violado em sua literalidade. Ausência de violação do art. 896 da CLT. Embargos não conhecidos.” (TST, SBDI-I, E-ED-RR nº 530/1999-043-15-00.8, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, DJ 24.11.2006)

“Recurso de revista. Conhecimento. Indenização por dano moral e material. Valor da indenização. Critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. O exame do conhecimento do Recurso de Revista em que se discute o *quantum* devido a título de indenização por dano moral e/ou material não está restrito aos pressupostos inscritos no art. 896 da CLT, visto que a fixação dessa indenização envolve a observância aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, e a aferição da observância aos aludidos critérios não remete, necessariamente, ao campo da prova. Dessarte, pode a Turma desta Corte, com base no quadro fático descrito pelo Tribunal Regional, concluir que a indenização fixada atendeu a ditos critérios. Na hipótese dos autos, sem incursionar na prova, é possível verificar que o Tribunal Regional, ao fixar o *quantum* da indenização, observou os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade preconizados no inc. V do art. 5º da Constituição da República. Recurso de Revista de que não se conhece.” (TST, 5ª T., RR nº 1170/2002-108-03-00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 20.04.2007)

“Danos morais. Proporcionalidade na fixação do *quantum debeatur*. Caráter excepcional da intervenção desta Corte. Embora as Cortes Superiores venham admitindo rever o valor fixado nas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais, essa atividade deve ser exercida de forma parcimoniosa, visando a reprimir apenas as quantificações estratosféricas ou excessivamente módicas. 2. No caso, o valor fixado a título de danos morais revela-se compatível com a lesão perpetrada, não se justificando a excepcional intervenção desta Corte. Agravo de Instrumento a que se nega provimento.” (TST, 3ª T., AIRR nº 1211/2003-001-19-40, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJ 04.05.2007)

12 – O DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Estando presentes os pressupostos para o deferimento da reparação por danos materiais, é cabível também a indenização por danos morais. Assim,

DOCTRINA

mesmo quando se adota como fundamento da reparação a responsabilidade civil objetiva, ou seja, aquela que independe de culpa do causador do dano, não há qualquer impedimento para a condenação relativa aos danos morais. De qualquer forma, a questão comporta alguns ajustes e temperamentos na dosimetria do *quantum* indenizatório.

Conforme já enfatizamos, a indenização por danos morais tem duas finalidades básicas: dar uma compensação para a vítima e punir, pedagogicamente, o infrator pela sua conduta. Ocorre que nas hipóteses em que o deferimento da indenização tem como fundamento tão-somente a teoria do risco, especialmente quando ausente qualquer prova de culpa do empregador no acidente, parece não haver espaço para considerar o efeito punitivo da indenização. Sem dúvida, a finalidade de compensar a vítima continua; todavia, se não foi a conduta do réu que gerou o acidente, mas sim um risco inerente à atividade, é pelo menos questionável o aspecto da condenação com propósito punitivo-pedagógico.

Não se deve esquecer que o grau de culpa do empregador no acidente deve ser considerado para o arbitramento da indenização pelo dano moral, tanto que o art. 944 do Código Civil estabelece no parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Diante desse preceito legal cabe indagar: E quando não houver culpa alguma do empregador, mas apenas condenação pela teoria do risco, a redução equitativa da indenização é também cabível?

Acreditamos que a resposta seja positiva e que o norte fundamental da fixação do montante indenizatório será mesmo a equidade, que foi expressamente mencionada no dispositivo transcrito. É oportuno citar nesse sentido o entendimento doutrinário de Roger Silva Aguiar:

“O *quantum* a ser indenizado – se a obrigação de indenizar envolverá a reparação integral, parcial ou mesmo se aproximar de zero – é uma questão a ser decidida à luz dos dispositivos contidos no Capítulo II, dos quais sobressai o art. 944, parágrafo único. O aludido dispositivo é inegavelmente a válvula reguladora da norma contida no art. 927, parágrafo único, importando ressaltar de imediato sua construção também sob bases valorativas: ‘poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização’. (...). O art. 944, parágrafo único, desempenha o papel de complementar o trabalho valorativo do aplicador do direito quando este se inicia no art. 927, parágrafo único. A possibilidade de ‘calibrar’ o valor da indenização, segundo a participação do agente na origem do

dano, apresenta-se como peça-chave na construção de uma solução equitativa na distribuição do ônus de arcar com o prejuízo.”⁵⁶

Convém ressaltar neste passo o papel cada vez mais destacado que a doutrina e o legislador estão atribuindo à equidade para dimensionar a justa reparação do dano, principalmente quando se trata de dano moral. Aliás, em juízo de equidade pode-se chegar até ao ponto de indeferir a indenização, mesmo havendo o dano, conforme previsto no art. 928, parágrafo único, do Código Civil: “A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem”.

Como se vê, no campo das indenizações por acidentes do trabalho, o juiz dispõe de um poder discricionário mais elástico para proferir o julgamento, em razão das peculiaridades e conseqüências do caso concreto que não podem ser ignoradas. No Estado Democrático de Direito, a superação de certos postulados de cunho estritamente patrimonialista produz como efeito a relativização de princípios até então invioláveis, para colocar em proeminência os valores axiológicos da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, sem distinção essencial entre o autor e o réu. Como assevera o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, apoiado em Carnelutti, “o escopo do processo não é a simples composição, mas a justa composição da lide”⁵⁷.

13 – CONCLUSÃO

É inegável que a Justiça do Trabalho vive um momento histórico singular, rico em mudanças e com intensa renovação de idéias. Estamos ao mesmo tempo consolidando os avanços rumo ao Estado Democrático de Direito, de acordo com os princípios fundamentais da Constituição de 1988, assimilando os conceitos novos do Código Civil de 2002 e conhecendo as outras matérias decorrentes da ampliação de competência implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sem contar as freqüentes mudanças legislativas. Parece que ingressamos numa era de reformas permanentes, na qual predomina a idéia de renovação continuada.

Diante desse quadro de efervescência, é natural que haja muitas questões polêmicas, que geram substancial debate doutrinário, e a indenização

56 AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*, 2007, p. 90.

57 PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*, 2001, p. 193.

DOCTRINA

pelos danos morais decorrentes dos acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais com certa figura entre os assuntos de maior evidência. Procuramos neste artigo abordar as principais controvérsias e expor nosso ponto de vista. Esperamos, assim, que essas singelas considerações possam contribuir para a compreensão e a busca de respostas para os inúmeros questionamentos que o tema desperta.

14 – BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil objetiva: do risco à solidariedade*. São Paulo: Atlas, 2007.

ALVES, Wilson Rodrigues. *Acidentes de trânsito e responsabilidade civil*. T. 2. Campinas: Bookseller, 2002.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral à pessoa e sua valoração*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1990.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. e ampl., 2. t. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português; adaptação ao direito brasileiro completada sob supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Vicente Ráo*. V. 12, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 16. ed. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 13. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil: parte especial: direito das obrigações*. V. 11. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DOUTRINA

- _____. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.
- PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. 8. T. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PORTO, Mário Moacyr. “Dano moral”. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 590, pp. 37-40, dez. 1984.
- RIZZARDO, Arnaldo. *A reparação nos acidentes de trânsito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.
- SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SILVA FILHO, Artur Marques. “A responsabilidade civil e o dano estético”. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 689, pp. 38-47, mar. 1993.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed., rev., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. “A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código”. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIÚZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- THEODORO Jr., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 3, T. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Dano moral*. 4. ed., atual. e ampl. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Alexandre Agra Belmonte*

1 – A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRABALHISTA E OS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE

Por força da Emenda Constitucional nº 45, publicada em 31 de dezembro de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada para abranger o julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes das relações de trabalho (art. 114, VI, da Constituição da República).

Ao estender às relações de trabalho em geral a competência trabalhista, o reformador constitucional atribuiu à apreciação da Justiça do Trabalho também os conflitos decorrentes do trabalho pessoal prestado nos contratos de atividade, ou seja, nas relações autônomas, temporárias, avulsas e eventuais.

Anteriormente à Emenda, somente nos casos expressamente previstos em lei, a exemplo do trabalho temporário da Lei nº 6.019/74, da pequena empreitada (art. 652, III, da CLT) e do trabalho avulso era possível o exame dos conflitos decorrentes.

Conforme previsão contida na redação dada pela Emenda ao art. 114 da CRFB (inciso IX), além da competência já definida nos incisos I a VIII, outras questões oriundas de relações que envolvam trabalho (crimes contra a

* Juiz do TRT da 1ª Região. Doutor em Direito, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor universitário.

organização do trabalho e servidores públicos) poderão vir a ser processadas e julgadas pela Especializada.

Assim, passa a ser objeto de apreciação pela Justiça do Trabalho os danos morais e patrimoniais decorrentes do relacionamento entre empregado e empregador, incluindo-se os acidentes de trabalho, como também a responsabilidade derivada do relacionamento entre o representante comercial, os profissionais liberais, os agenciadores, os empreiteiros e respectivos tomadores de serviços, desde que o trabalho seja executado pessoalmente e de modo não empresarial.

Nesta breve abordagem sobre o tema, nos limitaremos à distinção entre danos patrimoniais e danos morais e à apreciação dos principais aspectos relacionados aos danos morais decorrentes das relações de emprego: definição, classificação, hipóteses, avaliação e regime prescricional.

2 – RESPONSABILIDADE CIVIL E TRABALHISTA

Responsabilidade civil é a relação jurídica consistente no dever garantido por lei, obrigação ou contrato, de reparar, no campo civil, o dano moral ou patrimonial causado por ato próprio do agente ou por pessoa, animal, coisa ou atividade sob a sua tutela.

Responsabilidade trabalhista é o dever de reparar o dano moral ou patrimonial causado a um dos sujeitos da relação de trabalho, em decorrência do vínculo.

O descumprimento das obrigações trabalhistas, o risco inerente à exploração da atividade econômica (art. 2º, *caput*, da CLT) e a proteção do crédito do trabalhador geram a responsabilidade do empregador ou de terceiro garantidor e, conseqüentemente, o dever de compor o dano causado, quer o moral, quer o patrimonial.

A responsabilidade trabalhista pode derivar do contrato, como a de indenização consistente na incorporação da gratificação de função, pela reversão do cargo de confiança; de fato pré-contratual ou antecedente ao contrato, como a indenização por danos morais decorrente de discriminação na seleção de candidato a emprego; de fato pós-contratual, como a indenização por danos morais decorrente de informações inverídicas e depreciadoras das qualidades de ex-empregado e de fato extracontratual ou aquiliano, como a obrigação do sindicato de indenizar o empregador pelos prejuízos causados em decorrência de greve abusiva em atividade essencial.

3 – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA POR DANOS PATRIMONIAIS

Responsabilidade patrimonial é o dever de reparar prejuízo financeiro causado a bem jurídico constante do patrimônio do lesado. Pode ser do próprio empregador, de garante da dívida ou do Estado.

Exemplo desse tipo de responsabilidade está na reversão do empregado ao cargo de origem após dez anos de exercício de função de confiança. Nos termos do Enunciado nº 372, a percepção de adicional de função por 10 anos faz com que o empregador não possa suprimi-la em caso de reversão ao cargo de origem, muito menos reduzi-la (princípio da estabilidade econômica).

Assim, independentemente do retorno à função de origem, permitida por força do art. 469 da CLT (*jus variandi*), deve ser respeitado o princípio da estabilidade econômica, importando assim na composição do prejuízo patrimonial através da incorporação da diferença entre os ganhos numa e noutra função, com os reflexos pertinentes.

Outros exemplos podem ser citados: indenização pela dispensa nos 30 dias antecedentes ao reajuste da data-base, indenização pelo não fornecimento de guias do seguro-desemprego, indenização por falta de cadastramento no PIS, indenização pelo aviso prévio não concedido, indenização pela mora ou inadimplemento das parcelas rescisórias e indenização pela diminuição da zona de trabalho do vendedor comissionista.

4 – RESPONSABILIDADE TRABALHISTA POR DANOS MORAIS

Responsabilidade por dano moral consiste no dever de composição do dano físico ou psicológico imposto à pessoa humana, ao bom nome da pessoa jurídica ou ainda aos valores culturais de certa comunidade.

5 – CLASSIFICAÇÃO DO DANO MORAL TRABALHISTA

Os danos morais trabalhistas podem ocorrer por ofensas:

1) De natureza individual:

- 1.1) Por ofensas aos atributos valorativos da personalidade (à integridade moral da pessoa humana e ao bom nome da pessoa jurídica). São as violações à honra, à imagem;

DOUTRINA

- 1.2) Por ofensas aos atributos físicos ou “materiais” da personalidade (à integridade física da pessoa humana). São as violações à vida, saúde, subsistência, liberdade pessoal ou de locomoção;
- 1.3) Por ofensas aos atributos espirituais da personalidade (à integridade psicológica da pessoa humana). São as violações à intimidade, vida privada, igualdade, liberdade sexual, autoria científica e artística.

Os danos morais de natureza individual podem ser subjetivos ou interiores, quando avaliados em relação à sua repercussão no próprio ofendido (dores d’alma), e objetivos ou exteriores, quando pertinentes à projeção social das ofensas, ou seja, a sua repercussão em relação ao meio social.

2) De natureza coletiva:

- 2.1) Aos direitos fundamentais metaindividuais trabalhistas.

6 – DANOS MORAIS EM ESPÉCIE

6.1 Por ofensas ao direito à intimidade

Intimidade é a esfera secreta da vida do sujeito do direito, que deve ficar livre de intromissão alheia. Corresponde aos sentimentos, desejos, pensamentos, opções sexuais, políticas e religiosas, pelo que são proibidas quaisquer atividades tendentes a invadir essa zona espiritual.

São formas de ofensa à intimidade a revista íntima e o controle visual (vídeo) e auditivo (escuta) não autorizados ou invasivos.

Sobre a revista íntima, o art. 373-A, VI, da CLT, a proíbe em relação às mulheres. Por interpretação extensiva, também é vedada aos trabalhadores do sexo masculino.

Assim, se o empregador resolve revistar de forma íntima os trabalhadores do sexo feminino ou masculino, quer desnudando-os, total ou parcialmente, quer servindo-se de cabines ou de aparatos eletrônicos como câmeras em vestiários, em princípio tais procedimentos são suscetíveis de provocar responsabilidade pelos danos que vierem a ser causados pela invasão da intimidade e humilhação impostas ao trabalhador.

Ocorre que, em determinadas atividades, a revista é defendida como meio de coibir furtos, pelo que a adoção da revista aleatória (não generalizada)

e responsável (feita respeitosa e reservadamente por pessoa do mesmo sexo), defendida por muitos como meio imprescindível de coibir furtos em certas atividades empresariais, pode justificar o procedimento.

A verificação empresarial de perfil de trabalhador no Orkut constitui invasão de intimidade. Cabe ao empregador, querendo, obter do trabalhador as informações cabíveis.

6.1.1 O uso do e-mail no trabalho

Relativamente ao uso da correspondência eletrônica no ambiente de trabalho, tem-se que o direito à intimidade do empregado não retira do empregador o poder diretivo destinado à viabilização do contrato e do desenvolvimento normal da atividade empresarial. Se o equipamento colocado à disposição do empregado, verdadeira ferramenta de trabalho de uso corporativo, é destinado à realização do serviço que o contrato tem por objeto, não se justifica a sua utilização com abuso ou desvio de finalidade, por exemplo, para a disseminação de vírus de computador, divulgação de informações sigilosas, distribuição de fotos pornográficas e congestionamento da rede ou uso do computador para assuntos particulares, como *downloads* de piadas, de papéis de parede/protetores de tela e de animações, trocas de arquivos de interesse particular e acompanhamento de atividades do programa de televisivo *Big Brother*.

Com base na confiança recíproca que deve nortear a relação de emprego, é recomendável, contudo, que o empregador exerça a vigilância com prévio aviso e de forma generalizada e impessoal, passando à verificação material somente em caso de urgência (necessidade de acesso a determinada informação institucional na ausência do empregado) ou de fundadas suspeitas de má utilização.

Quanto ao *e-mail* pessoal do trabalhador e outras ferramentas de comunicação particular (MSN, Orkut, ICQ, Skype), acaso por ele utilizados no trabalho através de recursos institucionais do empregador, *por se tratar de correspondência de cunho pessoal, que não é aberta à comunidade*, somente por razões circunstanciais e mediante prévia autorização judicial pode ser aberta, respondendo o empregador, contudo, pelos eventuais prejuízos causados ao trabalhador.

O fato de a Constituição da República a autorizar para a obtenção de prova em processo penal não significa, no nosso entendimento, que outro deva

DOUTRINA

ser o procedimento em relação ao processo civil ou ao processo do trabalho, ou que não caiba sequer a obtenção da prova mediante prévia permissão judicial.

6.2 Por ofensa ao direito ao recato ou vida privada

Vida privada é a vida interior, referente à pessoa, aos componentes de sua família e amigos, que caracterizam o modo do indivíduo viver a própria vida. O resguardo à indiscrição alheia quanto ao modo de vida é um direito inviolável, nos termos do art. 21 do CC e 5º, XI, da CR.

O relacionamento familiar, o tipo de amizades e envolvimento que se mantém, os lugares que se frequenta e as preferências que o sujeito manifesta não podem ser desnudados.

O indivíduo pode agir para fazer cessar a invasão, ou preventivamente para impedi-la.

Inviolabilidade de domicílio, liberdade de associação e de exercício do trabalho são formas de proteção à vida privada.

A utilização de meios eletrônicos para perscrutar a privacidade alheia, o uso de binóculos, escutas ou máquinas fotográficas e outros meios de intromissão são ofensivos.

A invasão presencial ou virtual da vida privada da pessoa, o seu relacionamento familiar, o tipo de amizades que mantém e os lugares que frequenta, enseja a caracterização de dano moral, o mesmo ocorrendo proibir o seu relacionamento íntimo com pessoa que trabalhe na mesma empresa ou coibir as suas preferências sexuais.

Assim, quando o empregador, visando verificar a adequação de certo empregado para um cargo em promoção, resolve abusivamente investigar a vida privada do empregado, o seu relacionamento familiar, o tipo de amizades que mantém e os lugares que frequenta, enseja a caracterização de dano moral, o mesmo ocorrendo quando se intromete na vida particular do empregado, interferindo nos relacionamentos do empregado ou a frequência a certos lugares.

6.3 Por ofensa ao direito à liberdade sexual. Assédio sexual

O indivíduo tem o direito de viver a própria sexualidade, com liberdade de escolha de suas preferências, parceiros e oportunidade de se relacionar. A

DOCTRINA

liberdade de disposição do próprio corpo somente é vedada quando importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes (art. 13 do Código Civil).

Caracterizam o assédio sexual os vários comportamentos do empregador ou de prepostos dele que, abusando da autoridade inerente à sua função ou condição, pressionam o empregado para a obtenção de favores sexuais. O valor atingido pelo assédio sexual é a liberdade.

O constrangimento imposto tolhe a liberdade de escolha do parceiro e do momento, causando humilhação e ofensa à dignidade. Pode ensejar o rompimento do contrato por culpa patronal com as reparações patrimoniais inerentes, sem prejuízo da composição pelo dano compensatório da dor sentimental.

Para que o assédio sexual se configure, é preciso: a) sujeitos (assediante empregador ou preposto, e assediado empregado ou empregada); b) posição de ascendência do assediante em relação ao assediado; c) conduta coativa, através de chantagem ou intimidação, implícita ou explícita, visando à inequívoca obtenção de favores sexuais.

Não ocorrerá assédio sem o exercício da subordinação hierárquica ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função, posto que, de modo contrário, qualquer eventual constrangimento ocorrerá por motivos circunstanciais, não ligados, diretamente, ao trabalho.

Não constituem assédio sexual o galanteio eventual, comentário ou olhar eventual de admiração, respeitosos e exercidos sem qualquer tipo de pressão. Em tais hipóteses, a conduta coativa não estará presente.

O abuso sexual, que é praticado com violência física, não é exercido através de pressão psicológica, um dos elementos de configuração do assédio. O abuso retira da vítima a resistência, mas por meio do emprego da força ou pressão física e dá ensejo a outro tipo de ofensa, igualmente repudiável e também compositiva via dano moral, sem prejuízo da possibilidade obreira de rompimento do contrato.

A ameaça, meramente circunstancial, com motivos não ligados diretamente ao emprego, por exemplo, quando o empregado chantageia a chefe ou o chefe chantageia a chefiada pretendendo prática de ato sexual sob pena de contar à mulher ou marido, conforme o caso, que o chantageado está saindo com outro, não é assédio sexual, embora, de igual sorte, possa vir a merecer composição por danos morais, sem prejuízo de outras reparações cabíveis.

DOCTRINA

A partir da Lei nº 10.224, de 15 de maio de 2001, que acrescentou ao Código Penal o art. 216-A, tornou-se crime, punível com detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”. Podem ser agente ou ofendido homem ou mulher, independentemente da orientação sexual que possuam. Pode a ofensa partir de pessoa do mesmo sexo, ou de pessoa de sexo oposto.

Não concordamos que a aceitação descaracterize a ofensa. A aceitação, quando se verifica, decorre da impossibilidade de escolha de conduta diversa, sob o temor de ocorrência do mal considerável acenado (perda do emprego, da promoção etc.). A vontade, no caso, fica viciada.

Para nós, o chamado assédio sexual ambiental, “caracterizado por incitações sexuais inoportunas, solicitações sexuais ou outras manifestações da mesma índole, verbais ou físicas, com o efeito de prejudicar a atuação de uma pessoa ou de criar uma situação ofensiva, hostil, de intimidação ou abuso no ambiente em que é intentado” (Pamplona Filho, Rodolfo. *O Assédio Sexual na Relação de Emprego*, LTr, São Paulo, 2001, p. 47), não é assédio sexual e sim assédio moral. O assédio sexual tem por finalidade obter o favor sexual, o que não ocorre na conduta descrita, em que o sexo é apenas pretexto para criar uma situação de constrangimento moral, destinada a diminuir ou desestabilizar uma pessoa.

6.4 Por constrangimentos morais

Afetam a dignidade os constrangimentos impostos pelo empregador ao empregado, mormente perante os colegas de trabalho ou clientes. Tais constrangimentos são moralmente ressarcíveis, eis que ofendem a autoconsideração e/ou a consideração social, expondo a pessoa a situações humilhantes.

É direito da personalidade o respeito à condição pessoal e profissional do trabalhador, constituindo constrangimento moral o comportamento patronal indigno, decorrente do exercício abusivo do poder de comando no tratamento pessoal do empregado.

O constrangimento moral pode revelar-se em único ou em reiterados atos destinados ao exercício abusivo do poder diretivo, visando à desestabilização ou fragilização emocional momentânea ou continuada do empregado. A continuada recebe a denominação específica de assédio moral.

DOCTRINA

Rigor excessivo, zombarias, ironias, ameaças ao emprego, atitudes de desqualificação ou de exposição das fragilidades, broncas públicas desmedidas, atribuição de realização de tarefas em prazos impossíveis, são veículos de que costuma se servir o ofensor – o empregador ou um superior hierárquico – para simplesmente desrespeitar o empregado ou então para fragilizá-lo. O procedimento continuado desse comportamento, quando ocorre, tem por fim minar, gradativamente, a autoconfiança e auto-estima do trabalhador e, conseqüentemente, desestabilizar a sua integridade física e psíquica.

Ameaças explícitas ou veladas ao empregado para a conservação do emprego ou obtenção de melhorias das condições de trabalho são outros meios de constranger moralmente o empregado.

Também constrange moralmente o empregado o empregador que, servindo-se da idoneidade moral do trabalhador, o coage a usar o próprio nome para pedir empréstimo em favor da empresa, ou servir de avalista, fiador ou depositário de bens.

Caracteriza ainda assédio moral a transferência, para local longínquo ou a atribuição de tarefas incompatíveis com a sua qualificação, em relação ao empregado reintegrado por decisão judicial. A idéia, nesses casos, é dificultar a vida do empregado, provocando um pedido de demissão ou um ato de desatino visando justa causa.

Se o empregador humilha o vendedor diante de outros empregados, dizendo que ele está sendo transferido para local longínquo e onde as vendas são escassas, “para que se mate de trabalhar e morra de fome para aprender”, se lança contra a dignidade do obreiro, provocando-lhe dor, merecedora assim de reparação no campo moral e fazendo nascer um conflito também de natureza trabalhista.

Outras formas de constrangimento moral: expor os empregados ao ridículo, por meio de cartazes com o retrato do trabalhador, com ou sem orelha de burro, atrelado a dizeres como “Pior Vendedor do Mês”; submeter o empregado a vexames, como “dançar na boquinha da garrafa” ou fazer flexões em virtude de mau desempenho de vendas de bebidas ou usar o dia inteiro nariz de palhaço por não ter conseguido alcançar as metas estabelecidas pela empresa; impor a empregadas a obrigação de usar roupas indecentes em postos de gasolina altas horas da noite, por vezes até com exposição ao frio; impor aos empregados a obrigação de adquirir produtos ou mercadorias da empresa; discriminação do dirigente sindical, em razão de sua condição; tentar obter, sob chantagens, confissão.

Note-se que o diretor, gerente, supervisor ou chefe são prepostos da empresa e se submetem os empregados aos constrangimentos acima, responde pelos atos por ele praticados, embora, regressivamente, possa tomar as atitudes cabíveis, afastando o dirigente e buscando o ressarcimento.

6.5 Por ofensas ao direito de igualdade (ou de não-discriminação)

O direito à igualdade está caracterizado no princípio da isonomia, consubstanciado no art. 5º, *caput*, da CRFB. Daí resulta o direito que tem a pessoa de não ser discriminada por motivos de origem, sexo, raça, cor, religião, idade, deficiência física ou outro atributo que caracterize mero preconceito.

Assim, ofende o direito quem viola o art. 373-A da CLT, exigindo exame de esterilidade para admissão ou impondo como condição discriminações como cor, raça ou religião.

O empregador que trata o empregado de forma pejorativa por ter cor negra ou ser do sexo feminino, responde pelo dano moral causado.

O empregador que “persegue” determinado empregado, dispensando-lhe rigor excessivo, em comparação com a conduta observada em relação aos demais, independentemente do assédio moral, pratica ato discriminatório.

Chama-se a atenção para o fato de que nem sempre a composição da discriminação imposta resolve-se com compensação moral pecuniária. O dano verificado pode se limitar ao aspecto patrimonial, como ocorre nas equiparações salariais não implementadas e desvios funcionais destituídos da paga salarial correspondente à função que deveria ser remunerada com o salário maior previsto no quadro.

Obviamente, não constitui discriminação a recusa de candidato deficiente físico para o exercício de função não condizente com necessidades especiais ou para a qual a idade ou o sexo, masculino ou feminino, seja absolutamente relevante.

Aliás, há hipóteses em que o tratamento diferenciado é admitido pela própria lei, por exemplo, quando autoriza a diferença remuneratória em favor do obreiro que não serve de paradigma em virtude de readaptação (art. 461, § 4º, da CLT); quando dá proteção especial à mulher (art. 372, da CLT); quando permite que o mais antigo na função há mais de dois anos perceba salário superior ao mais moderno (art. 461, § 1º, da CLT).

6.6 *Por ofensas a direito de imagem*

Imagem é o retrato ou conjunto de atributos caracterizadores do perfil de uma pessoa, exteriorizadores de sua personalidade.

Existe a imagem-retrato (representação física da pessoa ou de partes separadas de seu corpo – art. 5º, XXVIII, *a*, da CRFB) e a imagem-atributo da personalidade (conjunto de caracteres ou qualidades cultivadas pela pessoa, reconhecidos socialmente – o conceito de que a pessoa goza perante os demais, art. 5º, X).

Dispõe a lei que a pessoa tem o direito de não ser, sem a sua autorização, divulgado o seu retrato, ou vê-lo comercializado, sem o seu consentimento (imagem-retrato). O problema da imagem diz assim respeito à sua utilização por outrem, não podendo ser feita sem autorização ou de forma deturpada. A conduta do ofensor pode ou não causar sofrimento ao ofendido, mas nas duas hipóteses estará caracterizada a ofensa moral.

No caso da falta de autorização para a divulgação ou comercialização da imagem-retrato, o valor atingido é a liberdade. A simples falta de autorização, por não ser dada à pessoa a liberdade de escolher se quer ou não ter o seu retrato divulgado ou mesmo comercializado, é que caracteriza a ofensa.

Têm direito a indenização por danos morais os empregados utilizados como veículo de propaganda *indoor* ou *outdoor* de marcas de terceiros, sem o consentimento obreiro ou participação financeira, não obstante o empregador receba patrocínio ou outro tipo de vantagem. Da mesma forma que a falta de liberdade na utilização do trabalho alheio caracteriza trabalho forçado, a falta de liberdade na escolha do parceiro e da prática do ato sexual pretendido por ameaças vindas do superior hierárquico caracteriza assédio sexual, a falta de liberdade na autorização também caracteriza a utilização indevida da imagem alheia.

Assim, além de eventual compensação financeira, o trabalhador faz jus a dano moral decorrente da falta de autorização para a exibição da marca de terceiro em bonés e uniformes de trabalho, destinada ao fomento do consumo, ou seja, como veículo de propaganda da marca alheia.

Já na hipótese de ofensa à imagem-atributo, o valor atingido é o conjunto de caracteres que formam a respeitabilidade do profissional, pelo que se certo empregador despede o seu empregado, sem declinar o motivo e mais tarde passa a dar informações que denigrem a consideração do obreiro perante os futuros interessados em dar-lhe emprego, estará atentando contra a imagem-atributo do empregado.

DOUTRINA

O acidente que descaracteriza o retrato ou efígie de uma modelo empregada faz com que responda o empregador, se causador do dano, além dos danos patrimoniais, também pelas seqüelas morais provocadas pelo dano estético, quer as relacionadas ao aspecto físico, quer as relacionadas ao aspecto psicológico.

6.6.1 Indenização patrimonial reflexa por danos à imagem

O empregador que retira do trabalhador o poder de auferir, ele próprio ou em participação com o empregador, as vantagens da exibição da marca alheia, deve responder pela ofensa à imagem e pelo dano patrimonial causado (indenização patrimonial pela utilização de imagem).

Em se tratando de uso deturpado da imagem de um ex-empregado, pelo fornecimento de informações irreais e desabonadoras da sua conduta, além da indenização pelo dano moral, é devida indenização por dano patrimonial correspondente a eventuais lucros cessantes, ou seja, ao que o empregado deixa de auferir, por exemplo, salários de emprego ao qual se candidatou com reais chances de admissão e deixou de ser selecionado em virtude das informações incorretas prestadas.

O acidente deformador do rosto de uma modelo empregada provoca dano à sua imagem, porque descaracteriza o retrato ou efígie com a qual se apresentava perante a sociedade e que lhe permitia auferir rendimentos, respondendo o empregador, se causador do dano, além dos danos morais, danos patrimoniais consistentes em despesas de hospital e medicamentos e em lucros cessantes correspondentes aos trabalhos futuros que deixará de auferir.

6.7 Por ofensas à honra

Honra é o conjunto de qualidades que caracterizam o apreço ou respeitabilidade que se tem de uma pessoa na sociedade. Reúne o caráter subjetivo, traduzido no conceito que o indivíduo faz de si próprio ou dignidade por ele experimentada, como o aspecto objetivo, assim considerada a reputação e fama desfrutadas no meio social.

O direito à honra é constitucionalmente protegido (art. 5º, IX, da CF). Sempre que o empregador age de forma a atentar contra a reputação de que o trabalhador desfruta no meio social, atinge a sua honra.

São crimes contra a honra a calúnia, a difamação e a injúria.

Calúnia é a falsa imputação de fato tipificado como crime, enquanto difamação é a imputação de fato determinado e não criminoso, mas dolosamente

utilizado de forma a ofender a reputação (art. 139 do Código Penal) e injúria é a imputação inespecífica de fato ofensivo da dignidade ou do decoro (art. 140 do Código Penal), sendo portanto desimportante, no último caso, a comunicação a terceiro, bastando a percepção pelo ofendido.

Se o empregado é despedido sob a pecha, infundada, de embriaguez habitual, estará caracterizada a difamação; se é acusado de subtração, igualmente infundada, de valores da empresa, estará configurada a calúnia; finalmente, se o empregado, casado, é injustamente acusado de práticas extraconjugais, será caso de injúria.

Assim, qualquer alegação infundada, que atinja a reputação do trabalhador, enseja a reparação por danos morais, sem prejuízo, como visto, da reparação patrimonial.

A reparação por danos morais pode, no caso, consistir em valor pecuniário, em publicações ou cartas de retratação ou nas duas providências, cumulativamente.

6.7.1 Indenização patrimonial reflexa por ofensa à honra

De acordo com a CLT, a ofensa à honra caracteriza grave descumprimento de obrigação contratual e enseja o rompimento do contrato (art. 482, *j*, e 483, *e*, da CLT), com os efeitos patrimoniais decorrentes (para o empregado, direito de haver as parcelas previstas em virtude do rompimento contratual e para o empregador, o direito de não indenizar o empregado).

Agora, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, fica claro que as partes têm o direito de postular perante a Justiça do Trabalho indenização pelos danos morais decorrentes, sem prejuízo de eventuais danos patrimoniais não previstos como parcelas inerentes ao rompimento contratual, por exemplo, quando em virtude da repercussão do dano causado à honra do trabalhador, ele fica impossibilitado de obter nova ocupação.

6.8 Dano moral coletivo

Dano moral coletivo, nas relações de trabalho, é a lesão aos direitos fundamentais de uma comunidade de trabalhadores, por exemplo, a ofensa generalizada do empregador, decorrente do vínculo de trabalho, a grupos de trabalhadores.

São inúmeras as hipóteses em que o empregador pode agredir esses direitos fundamentais de comunidades de trabalhadores: quando indiscrimina-

damente promove trabalho escravo, forçado ou ainda de menores de 16 anos; quando, deliberadamente, não cumpre as normas de segurança e medicina do trabalho, colocando em risco a saúde e a vida do trabalhador; quando promove atos discriminatórios às mulheres, por exemplo, imposição de intervenções para esterilização como condição de continuidade do vínculo; quando, de forma generalizada, promove causas simuladas para acordos de rescisão ou a obtenção, por ocasião e como condição da contratação, de assinaturas em branco de termos de quitação; quando discrimina por sexo, raça e religião nas admissões; quando atinge grupo de trabalhadores por racismo ou preconceitos; quando o empregador pratica atos atentatórios da liberdade sindical ou do direito de greve.

Essas ofensas podem ferir interesses puros, que retratam situações individuais, mas também, nos termos do art. 81, parágrafo único, do CDC: a) interesses ou direitos difusos, assim entendidos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam *titulares pessoas indeterminadas* e ligadas por circunstâncias de fato (interesses de pessoas dispersas, como ocorre com a empresa pública que não realiza concurso para o preenchimento de quadro funcional, servindo-se de mão-de-obra terceirizada para o desenvolvimento de sua atividade-fim); b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja *titular grupo, categoria ou classe de pessoas* ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (interesses de pessoas determinadas, ligadas por laços associativos, como ocorre com o impedimento patronal ao exercício do direito de greve); e, c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os que, *embora individuais, são identificáveis com os de outros trabalhadores na mesma situação, por terem origem comum* (a partir de um só ato patronal, a lesão atinge um sem-número de trabalhadores, que podem agir coletivamente por lhes ser comum o interesse: um só interesse, o mesmo, os une, homogeneizando o direito, como ocorre no caso da alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria dos empregados de uma empresa).

Os direitos individuais podem ser puros e homogêneos. São puros os contidos em pleitos como reintegração em virtude de gravidez, promoção, equiparação salarial e punições disciplinares, que retratam situações individuais; são homogêneos como ocorre com as diferenças salariais decorrentes de planos econômicos, as diferenças de FGTS decorrentes de expurgos inflacionários, as decorrentes de descumprimento de norma coletiva e, como já observado, a alteração prejudicial de norma regulamentar de concessão de complementação de aposentadoria.

DOCTRINA

O dano moral coletivo – que atinge uma classe de trabalhadores – é merecedor de tutela, cabendo, na Justiça do Trabalho, ao Ministério Público, por meio da Ação Civil Pública, na tutela dos interesses sociais ou difusos, individuais de incapazes e homogêneos, a titularidade da ação visando o provimento inibitório e a compensação do prejuízo moral.

Também o Sindicato pode promover a Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos da categoria, assim como associações profissionais (formalizadas) de trabalhadores nas empresas.

As ações pertinentes têm por fim inibir o ofensor, proteger a coletividade contra investidas do gênero e buscar compensação moral de natureza coletiva, sem prejuízo da responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, caso da imposição de indenização aos consumidores pela omissão de informações sobre a periculosidade do produto ou da inibição à prestação de trabalho escravo, forçado ou prestado em ambiente que não oferece condições mínimas de segurança ou de higiene.

No tocante aos interesses individuais homogêneos, como o acionamento coletivo não inibe a ação individual, a legitimação é extraordinária, atuando o legitimado coletivo em nome próprio, na defesa de interesse alheio e de forma concorrente. No concernente aos interesses difusos e coletivos, a legitimação não é extraordinária e sim autônoma, posto que falece aos integrantes da comunidade legitimação para agir (Melo, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2002).

No caso do dano moral coletivo, a indenização deve ser revertida em benefício da comunidade atingida, por exemplo, ao fundo de amparo ao trabalhador e o provimento inibitório deve ser proferido mediante o pagamento de astreintes.

A indenização fixada não impede a postulação de indenização de natureza individual, acaso cabível e acaso devida.

6.9 Por ofensas à vida, saúde, subsistência, integridade física (incluindo o dano estético) e liberdade pessoal

Direito à vida é o direito à existência, enquanto direito à integridade física é o direito à incolumidade do corpo humano. Ambos são protegidos pela Constituição (art. 1º, III e 5º, III), pelo Código Civil (arts. 13 e 15) e pelo Código Penal (arts. 121 a 124 e 129 a 136).

A indenização por ofensa à liberdade pessoal (cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e prisão ilegal) e de trabalho (trabalho

forçado, trabalho escravo) consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, fixará o juiz indenização que entender justa conforme as circunstâncias do caso (art. 954, *caput*, e parágrafo único).

O empregador que resolve confinar o empregado em ambiente cercado de seguranças, visando obter confissão de algum fato faz justiça com as próprias mãos e deve responder pelos danos morais causados em decorrência do cárcere privado a que submeteu o trabalhador.

6.10 A imposição de privações. Trabalho forçado, escravo ou qualquer outra condição degradante

Assim como para ter direito à existência o menor necessita de alimentos, o trabalhador, para subsistir, razão mesma do caráter alimentar do salário, precisa receber a contraprestação devida e em patamar ao menos igual ao mínimo legal, quando não ajustado outro, em valor superior.

O inadimplemento contratual, por si só, não configura dano moral, por exemplo, quando o empregador deixa de fazer os depósitos do FGTS em princípio, não agride a dignidade do trabalhador, mas se o submete a condições degradantes de trabalho, deixando propositadamente de pagar o salário do empregado ou subtraindo-lhe o direito ao recebimento das parcelas mínimas do rompimento contratual, como seguro-desemprego e FGTS, para lhe impor uma situação de penúria e humilhação pessoal e social, facilitadora de futuro acordo judicial, temos que é moralmente reparável o abalo sentimental.

De igual sorte, quando exige trabalho forçado (escravo) ou submete o trabalhador a qualquer outra situação subumana, desumana ou degradante de trabalho, obrigando o trabalhador a fazer uso de andaime sem fornecer-lhe qualquer proteção ou equipamento de segurança.

Aliás, o art. 5º, XIII, da CRFB estatui a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o inciso XLVLL, alínea *c*, do mesmo diploma, veda a fixação de pena de trabalhos forçados, sendo que o art. 149 do Código Penal criminaliza o trabalho escravo.

6.11 Acidente do trabalho

A Constituição da República assegura aos trabalhadores o direito ao seguro contra acidentes de trabalho, além da indenização, a cargo do empregador, quando incorrer em dolo ou culpa (art. 7º, XXVIII).

DOCTRINA

A reparação infortunistica a cargo da previdência, proveniente do seguro obrigatório, decorre da teoria do risco integral, de natureza objetiva, sendo devida mesmo nos casos de culpa da vítima, mas tal reparação independe da responsabilidade do empregador pelos danos, na interpretação literal da lei, causados por dolo ou culpa; portanto, de natureza aquiliana ou subjetiva (art. 7º, XXVIII, da Constituição da República). Independe, porque o seguro é pago em virtude dos riscos normais do trabalho, enquanto a indenização patronal decorre de riscos provocados pelo empregador.

Assim, em caso de soterramento de operário por culpa do empregador, é devida a indenização a quem sofreu a perda, independentemente do benefício previdenciário. Já em caso de atropelamento ocorrido no trajeto do trabalho para a casa, indevida é indenização por danos morais e materiais, por ausência de culpa da empregadora, embora devido o benefício previdenciário.

A indenização de seguro acidentário deve ser postulada na Justiça Comum, mas a reparação decorrente do complexo e da exclusão social advindos da perda, deformação ou paralisia de membro, quando decorrentes da relação de emprego, deve ser buscada na Justiça do Trabalho, assim também os danos patrimoniais decorrentes de eventuais lucros cessantes (por exemplo, a diferença entre eventual benefício previdenciário e o numerário que o empregado auferiria ou concretamente poderia auferir se trabalhando estivesse).

Responde o empregador pelos acidentes típicos; pelas doenças ou enfermidades ocupacionais, assim entendidas as provocadas pelo exercício da profissão (doenças profissionais) ou das circunstâncias da realização do serviço ou do ambiente de trabalho (doença do trabalho); e, pelas concausas, que são, por força de lei, consideradas como acidente do trabalho (arts. 20 e 21, da Lei nº 8.213/1991).

O empregador que resolve, em local de extrema insegurança, contratar um vigia desarmado para trabalhar sozinho à noite e este vem a falecer em virtude de assalto ao negócio, responde pelos danos decorrentes do acidente de trabalho causado pela negligência ou imprudência de não contratar pessoal especializado (vigilância armada).

Embora abrangido o tempo de deslocamento *in itinere* para efeito de caracterização de acidente de trabalho, de ordinário não responde o empregador, exceto quando for, direta ou indiretamente, responsável pelo acidente de trajeto.

A lei exclui do conceito de doença do trabalho e, conseqüentemente, da caracterização de acidente do trabalho: a doença degenerativa; a inerente a grupo etário; a não produtora de incapacidade laborativa (a que provoca o

DOUTRINA

afastamento do trabalho); e a doença endêmica, não relacionada à natureza do trabalho (§ 1º do art. 20 da Lei nº 8.213/1991).

São concausas, equiparáveis ao acidente de trabalho, outras causas que, juntando-se à principal, contribuam diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação (art. 21, I, Lei nº 8.213/91), como um erro médico, a superveniência de infecção hospitalar ou a preexistência de diabetes complicadora do quadro geral da vítima. O empregador responde pelo resultado, independentemente de não ter sido o causador das concausas.

Cabe ao empregador emitir a CAT (comunicação de acidente de trabalho), encaminhando à Previdência Social o segurado acometido de acidente típico, doença ocupacional ou fato equiparado a acidente (art. 22). Além das infrações administrativas, responderá o empregador pelos danos materiais decorrentes da omissão até a regularização da concessão do benefício previdenciário, independentemente dos danos morais infligidos, ainda mais quando a recusa da comunicação derivar de falta de anotação da CTPS.

Responde objetivamente o empregador pelos danos causados ao empregado por companheiros de trabalho ou terceiros, contra quem pode mover ação regressiva visando o ressarcimento. No nosso entender, cabe indenização contra o empregador pelas seqüelas causadas ao empregado em decorrência do exercício do trabalho em atividades de risco, como bancos e usinas nucleares. Seria um contra-senso imaginar que o empregador responde objetivamente pela morte do cliente e pela morte do caixa, somente em caso de culpa ou dolo. Se o Direito foi feito para ser realizado, não se pode conceber interpretação literal ao texto constitucional, muito menos discriminatória. A regra é a responsabilidade subjetiva, mas não estão presentes no texto constitucional as limitações impostas por expressões como “somente”, “em nenhuma hipótese”, ou outras do gênero ao referir-se à responsabilidade do empregador por culpa ou dolo. Nas hipóteses de desenvolvimento de atividade de risco, a responsabilidade do empregador é a mesma que teria em relação ao cliente, colocado na mesma situação: objetiva.

Exclui a responsabilidade do empregador o fortuito externo: o trabalhador que, prestando serviços em rede elétrica, vem a falecer em virtude de vir a ser atingido por um raio.

Também a exclui a sua culpa exclusiva, por exemplo, quando descuida das normas de segurança e vem a ser atingido pela queda de um tijolo ou fica

DOCTRINA

cego em virtude de respingo de produto químico em decorrência de inobservância exclusivamente sua quanto às normas de procedimento.

Finalmente, nos casos de responsabilidade subjetiva, exclui a culpa do empregador o fato de terceiro.

Caso interessante foi decidido pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região. O serviço de certo empregado de uma fábrica de bebidas consistia em limpeza de tanques já esvaziados após banho de soda cáustica e ácido muriático. Sucedeu que, após passagem de turno, o empregado abriu a escotilha de um dos tanques e recebeu um banho dos produtos químicos acima mencionados, vindo a ter 90% do corpo queimado e a falecer depois em decorrência das seqüelas experimentadas. Ouvidos vários informantes, apurou-se na delegacia que o empregado era treinado à realização do serviço e que, por negligência ou imprudência dele, o evento teria ocorrido. Ajuizada a reclamação trabalhista pelo espólio, ouviu-se das testemunhas das partes que antes e depois do evento alguns incidentes ocorreram em relação àquele tanque, que precisou ser consertado, porque a escotilha revelou-se defeituosa.

Ora, a atividade da empresa, relativamente à lavagem dos tanques, era de risco empresarial. Se o falecido era treinado para a realização do serviço e se a escotilha revelou-se defeituosa, a única excludente cabível seria a “culpa” exclusiva da vítima, que a empresa não comprovou, pelo que se considerou devida a indenização por danos morais e materiais.

Em outra ação, reexaminada pela 6ª Turma do TRT da 1ª Região, apurou-se que certa empregada, acometida de LER/DORT, doença profissional comprovadamente adquirida após anos de trabalho na empresa, foi dispensada. E que o empregador tinha ciência da doença, não tendo tomado as providências necessárias de encaminhamento da autora a tratamento adequado. Com isto, a autora terminou experimentando uma seqüela permanente e ficou incapacitada de trabalhar.

Ora, em se tratando de empresa que tem por finalidade exclusiva serviços de digitação permanente a cargo dos empregados, a referida doença é freqüente, sendo necessário que o empregador providencie, além de condições adequadas, monitoramento destinado a evitá-la ou minimizar os efeitos. Na hipótese, incide o risco empresarial da atividade desenvolvida, previsto no art. 2º, *caput*, da CLT c/c 927, parágrafo único, do Código Civil.

Conclui-se assim que a incapacidade permanente para os atos mais corriqueiros e movimentação dos braços gerou duas espécies de dano moral, físico e psicológico, a merecer composição, agravada pela inércia da empresa e, finalmente, pelo ato desumano de dispensar a empregada em tais condições.

No acidente de trabalho, o dano material é decorrência do dano moral. Da lesão à integridade ou vida do trabalhador, bens jurídicos merecedores de indenização pura, porque a ofensa extingue a existência ou a capacidade para o trabalho, resultam as despesas médicas, medicamentos, funeral e os lucros cessantes, como os ganhos deixados de receber em virtude do infortúnio (indenização reflexa).

A extinção da existência da pessoa provoca sofrimento à família, privando-a do convívio e, muitas vezes, do conforto material propiciado. Já a lesão à integridade pode provocar incapacidade temporária ou definitiva, afetando a auto-estima e provocando aflições ou complexos, ou mesmo o sentimento de impotência e desgosto, como ocorre em caso de perda de membro.

6.11.1 Indenização patrimonial reflexa em decorrência de acidente do trabalho

Nos termos dos arts. 948 e 950 do Código Civil, a vítima ou a família têm direito às despesas de tratamento até final convalescença ou ao ressarcimento do gasto com funeral e luto, sem prejuízo de outras despesas, por exemplo, desembolso de remoção.

Além do dano emergente, também os ganhos futuros cessados devem ser recompostos, observada a vinculação a uma concreta expectativa de ganhos. Se a promoção era certa, prevista por antigüidade em quadro de carreira, o aumento correspondente deve ingressar nos cálculos; se era incerta, uma mera aspiração, não.

No caso de homicídio, a indenização consistirá, além de outras reparações cabíveis, no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto de família; na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a sobrevivida que possuía (art. 948, I). A compensação do ressarcimento deverá dar-se sob a forma de pensionamento aos beneficiários, com constituição de capital para a garantia do cumprimento da prestação alimentícia (art. 629 do CPC).

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento médico, dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além dos danos morais.

Se da ofensa resultar defeito impeditivo ou diminutivo da capacidade de trabalho, será acrescentada uma pensão ou indenização correspondente à importância do trabalho para o qual o ofendido ficou inabilitado, ou da depreciação que ele sofreu (arts. 949 e 950 do Código Civil). O parágrafo único do

DOCTRINA

art. 950, aplicável ao *caput* do art. 950, faculta ao prejudicado exigir o pagamento integral, em vez do pensionamento.

São beneficiários da pensão os que sofrem prejuízo em virtude da morte da vítima: os sucessores da vítima (descendentes, cônjuge, companheiro, ascendentes) os demais beneficiários do sustento que era proporcionado pelo falecido, como o cônjuge anterior e terceiros dele dependentes.

7 – AVALIAÇÃO E COMPOSIÇÃO DO DANO MORAL

O sistema brasileiro não exige a necessidade de repercussão econômica para a indenizabilidade pecuniária do dano moral (art. 5º, X, da CR).

O art. 12 do CC estatui que se pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Os arts. 948 e 940 do CC estabelecem a indenizabilidade do dano patrimonial nos casos de homicídio e de ofensa à saúde, ressalvando a possibilidade de obtenção de dano compensatório da dor íntima.

A Lei de Imprensa fixou um teto máximo para as hipóteses de dano com culpa (art. 51) e o Código de Telecomunicações prevê, para indenizações que variam de 5 a 100 salários mínimos e que se levem em consideração a posição social ou política do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa (art. 84, § 1º), mas os arts. 953 e 954 do Código Civil de 2002, posteriores àquela legislação, determinam que, nos casos de injúria, difamação, calúnia e ofensa à liberdade pessoal, a lei manda indenizar os prejuízos patrimoniais e, equitativamente, os morais (arts. 953 e 954 do CC).

Enfim, o direito brasileiro adota o sistema aberto de fixação da indenização do dano moral, cabendo assim ao magistrado fixá-la, no exercício do poder discricionário conferido pela lei para o desiderato.

Assim, verifica-se a necessidade do estabelecimento de parâmetros que orientem a fixação do valor em pecúnia.

7.1 Princípios informativos da fixação

Nos termos do art. 944, *caput*, e parágrafo único, do Código Civil, a indenização deve ser avaliada segundo os critérios da extensão do dano e da proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

DOUTRINA

Contudo, há casos em que a reparação *in natura* ou utilização de equivalente prático, se possível, pode se revelar mais eficiente, como a imposição de publicação de retratação patronal em jornais de grande circulação, destinada a recompor a boa imagem ou reputação.

Por outro lado, é preciso estabelecer o que deve ser razoavelmente considerado na avaliação da extensão do dano e proporcionalidade da culpa em relação ao dano.

Finalmente, a indenização deve ser significativa, segundo as condições pessoais do ofensor e do ofendido, inibir outras investidas do ofensor e dar exemplo social.

Pensamos, assim, que devem informar a fixação dos danos morais:

- a) o princípio da preferência pela reparação *in natura* ou equivalente prático, se possível, tempestiva e suficiente;
- b) o princípio da extensão do dano (integralidade da indenização);
- c) o princípio da razoabilidade (para a delimitação proporcional à parcela de culpa, intensidade e duração da dor, repercussão da ofensa e condições pessoais do ofensor e do ofendido).
- d) o princípio da tripla função: caráter compensatório, dissuasório e exemplar.

A indenização não tem caráter retributivo ou reparatório, e sim compensatório. Como é impossível eliminar os efeitos do agravo ou sofrimento à pessoa, a fixação em dinheiro, dada a importância econômica que ele representa, funciona como lenitivo, compensando assim, de alguma forma, o dano causado.

Na fixação, deve ser buscado um montante capaz de dar uma resposta social à ofensa, para servir de lenitivo para o ofendido, de exemplo no plano social e de desestímulo a novas investidas do ofensor.

7.2 Fixação pecuniária da indenização por danos morais

Partindo de projeto de lei proposto pelo Senado (nº 150/1999) e dele abstraindo os limites pecuniários estabelecidos e considerando como agravantes ou atenuantes os aspectos mencionados nos critérios gerais ali referidos, passamos a considerar o seguinte roteiro geral no estabelecimento de valor pecuniário em montante capaz de mensurar ou dosar os diversos aspectos da ofensa moral:

DOCTRINA

- a) Em relação à natureza da ofensa, a consideração:
 - a.1) Da intensidade ou grau de culpa (parágrafo único do art. 945 do CC);
 - a.2) A concorrência de culpa (art. 945 do CC);
 - a.3) A gravidade objetiva da ofensa (relevância ou teor de bem jurídico atingido);
- b) Em relação aos efeitos da ofensa, a consideração:
 - b.1) Da dor da vítima (a intensidade ou grau do sofrimento ou humilhação);
 - b.2) Dos reflexos pessoais e sociais do ato (repercussão objetiva e subjetiva da ofensa);
 - b.3) Da extensão e duração da conseqüências da ofensa (permanência ou temporalidade do dano – possibilidade de superação física ou psicológica da ofensa);
- c) Em relação às circunstâncias da ofensa, a consideração:
 - c.1) Da situação social, política e econômica das pessoas envolvidas;
 - c.2) Dos meios utilizados para possibilitar a ofensa;
- d) Em relação ao arrependimento, a consideração:
 - d.1) Da existência de retratação espontânea;
 - d.2) Do efetivo esforço para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

Passemos à rápida análise.

A intensidade da culpa deve ser levada em consideração. Quem provoca querendo o resultado (*dolo*), deve responder com valor maior do que aquele que por imprudência ou negligência termina provocando a ofensa. E o mais negligente deve responder em montante maior do que o menos negligente, porque mais intensa a sua culpa no evento.

A gravidade da ofensa também deve ser apreciada: ofensa mais grave, como a morte do trabalhador, em confronto com a perda de um membro, deve desafiar resposta maior, ou seja, indenização mais elevada; da mesma forma, ofensa mais duradoura, como a perda de um membro em decorrência de acidente de trabalho por culpa do empregador, em confronto com a fratura de uma perna também por acidente de trabalho culposos.

DOCTRINA

Dependendo dos meios e instrumentos utilizados, ou do ambiente em que se dá a ofensa, o dano pode ter maior ou menor repercussão, como ocorre se utilizados meios de comunicação como jornais, televisão e internet.

Fatores como popularidade e posição ocupada pelo ofendido (por exemplo, um diretor em uma empresa ou um artista de televisão) podem influir na maior ou menor extensão dos efeitos.

Quando se diz que as condições pessoais dos envolvidos influem na indenização, é porque a condição social, econômica, cultural, o grau de discernimento, o estado civil, o sexo, o modo de vida e a notoriedade dos envolvidos devem ser considerados na sua fixação. Uma cicatriz no rosto de quem vive da imagem, como é o caso de uma modelo, por certo atinge a vítima de forma mais intensa, devendo ser mais significativa a indenização.

A possibilidade econômica deve ser levada em consideração quando da fixação da compensação financeira, não podendo revelar-se insignificante para as condições econômicas do ofensor. Uma indenização de 5 (cinco) salários mínimos como forma de coibir revistas íntimas numa grande empresa pode se revelar inútil e ela até preferir assumir o risco, porque poderia sair mais barato do que os danos materiais causados por eventuais furtos. A reparação precisa ser significativa para cobrir os três aspectos apontados: lenitivo, dissuasório e exemplar.

A compensação deve ser estipulada de forma exemplar, de forma a inibir o ofensor quanto a novas investidas, recompor a consideração social ou a dignidade pessoal ofendida e servir como lenitivo para aplacar a dor íntima do ofendido, consideradas a condição pessoal das partes, a intensidade da culpa e a extensão do dano.

Há decisões que levam em consideração o tempo de serviço do obreiro. Pode ser um parâmetro auxiliar na fixação, mas não necessariamente. Por exemplo, pouco importa se o trabalhador tinha um mês ou dez anos de casa, se o dano psicológico a ser composto decorre da perda de uma perna por culpa do empregador, mas pode servir de agravante quando a honra de um empregado com 10 (dez) anos de tempo de serviço e folha imaculada é injustamente ofendida pelo empregador.

Há também decisões que partem do pressuposto de que a indenização deve ser pequena quando uma revista íntima não causa maior repercussão. Ocorre que o bem violado é a intimidade e não a honra, pelo que a pouca repercussão é totalmente desimportante como parâmetro limitador.

8 – PRESCRIÇÃO DOS DANOS MORAIS

Prescrição é a perda do poder de exigir, no plano jurídico, o cumprimento de um dever jurídico, pelo não exercício dessa pretensão, num determinado prazo, estabelecido pelo legislador.

Em se tratando de direitos decorrentes de cumprimento de dever jurídico por parte de outrem, admitindo assim violação, o direito será subjetivo de prestação desse dever jurídico, com início do prazo de exercício a partir da violação (Amorim Filho, Agnelo in *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis* – Revista Forense, 193-30, e Guimarães, Carlos da Rocha. *Prescrição e Decadência*. 2. ed., Forense, 1984).

O prazo prescricional difere assim do decadencial, que atinge o poder de criar, modificar ou extinguir direitos ou relação jurídica, a exemplo daquele contido no art. 394 da CLT.

São atingidas pela prescrição pretensões patrimoniais e extrapatrimoniais: à satisfação da gratificação natalina, à percepção do salário, à concessão e remuneração de férias anuais, à fixação da data das férias vencidas e não concedidas, apesar de já remuneradas, à inibição a ato de discriminação no ambiente de trabalho.

O revogado Código Bevilacqua, de 1916, fazia a distinção entre direitos patrimoniais e extrapatrimoniais para efeitos prescricionais, vedando o conhecimento, de ofício, da prescrição de direitos patrimoniais.

O Código Reale, de 2002, deixou de lado a distinção entre direitos patrimoniais e não-patrimoniais para efeito de conhecimento independentemente de requerimento, passando a permitir o conhecimento judicial, de ofício, apenas quando a prescrição beneficiasse incapazes.

A Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor em 17 de junho de 2006, revogou, expressamente, o art. 194 do Código Reale e, alterando o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, enuncia que agora cabe ao juiz pronunciar, de ofício, a prescrição.

Assim, o conhecimento da questão não mais depende de requerimento da parte interessada, porque não mais importa, para esse fim, se o direito envolvido beneficia pessoa capaz ou incapaz, ou se ele é patrimonial ou extrapatrimonial.

Em razão da modificação, sem previsão residual, da competência para apreciação dos acidentes do trabalho pela Justiça do Trabalho, indaga-se se

DOUTRINA

será aplicável o regime prescricional civil ou o trabalhista em relação às novas causas e as anteriores à EC 45/2004.

Temos observado os seguintes posicionamentos:

- a) o direito é imprescritível;
- b) a prescrição aplicável é a civil, de 10 anos;
- c) a prescrição aplicável é a civil, de 3 anos;
- d) a prescrição aplicável é a civil, de 20 ou 10 anos, para as causas anteriores à EC 45/2004 e a trabalhista para as posteriores;
- e) a prescrição aplicável é a trabalhista.

Os fundamentos respectivos são os seguintes:

- a) o direito tutelado é personalíssimo e a prescrição trabalhista prevista na Constituição é aplicável aos créditos trabalhistas.
- b) não se tratando de crédito e sendo omissa a lei trabalhista, aplicável é a legislação civil.
- c) não se tratando de reparação civil propriamente dita, aplicável é o regime genérico de prescrição (10 anos).
- d) cuidando-se de reparação civil, o regime prescricional é o de 3 anos.

Há quem sustente que a modificação constitucional foi de competência, matéria processual e que não interfere no direito material, sendo de natureza civil a matéria pertinente a danos morais e, portanto, também dessa natureza a prescrição.

Ora, com a ampliação da competência trabalhista, a matéria de fundo poderá ou não ser de natureza tipicamente trabalhista. Será trabalhista quando decorrer da relação de emprego, como ocorre com o acidente do trabalho sofrido pelo empregado, hipótese em que a prescrição aplicável também precisará ser a trabalhista. Não se trata aqui de simples aplicação de regra de competência, o que transformaria a questão em processual, sem interferência da normatividade prescricional, que é de natureza material. O fato é que o direito material de fundo nos conflitos envolvendo acidentes de trabalho, por força da Emenda Constitucional nº 45/2004, deixou de ser de natureza civil e passou a ser de natureza trabalhista, como toda e qualquer questão tipicamente trabalhista, decorrente das relações de emprego.

Assim, no nosso entender, em matéria de danos morais, incluindo-se o acidente de trabalho, aplicável será a prescrição trabalhista ou a civil,

DOCTRINA

dependendo da relação a ser apreciada pela Justiça do Trabalho: sendo de emprego, será a trabalhista e sendo de trabalho, será a civil.

Há também quem sustente que por se tratar de parcela decorrente da violação de direito fundamental e sendo a lei trabalhista omissa a respeito, a prescrição seria a civil e assim a prescrição seria a geral, de 10 anos.

Existe aí uma confusão.

Se utilizada fosse a norma civil, a opção só poderia ser pela prescrição de três anos, prevista no art. 206, V, do Código Civil, aplicável às reparações civis por danos morais ou patrimoniais.

Por outro lado, os direitos fundamentais não são destinados a resolver, direta ou imediatamente, os conflitos de direito privado. A repercussão desses direitos, originariamente exercitáveis como garantias do cidadão contra o Estado, no âmbito das relações jurídicas, os transforma em outra categoria, a de direitos da personalidade, ajustados às circunstâncias e limitações necessárias ao desenvolvimento dessas relações.

Neste sentido, se ao Estado cabe garantir a vida, a saúde e a integridade física dos cidadãos, nas relações privadas o direito à vida, à saúde e à integridade física é apreciado com enfoque totalmente distinto, especificamente com as normas de proteção e de composição das lesões decorrentes. Enfim, se os direitos fundamentais à vida, à saúde e à integridade física são imprescritíveis, não o são as indenizações decorrentes das ofensas cometidas.

Quanto a esse aspecto, de fato, crédito ou obrigação é a relação jurídica de natureza econômica, que visa à realização de uma prestação de dar, restituir, fazer ou não-fazer. E a referência legal é à aplicação do prazo de cinco anos aos créditos trabalhistas.

O problema é que em todos os processos trabalhistas envolvendo acidente de trabalho, o pedido feito é de pagamento de indenização pecuniária, quer em relação ao dano patrimonial, quer em relação ao dano moral, passando ambos assim a constituir crédito trabalhista. Ainda que a origem seja a ofensa a direito extrapatrimonial, a indenização destinada a compor o dano tem a natureza de crédito e de crédito tipicamente trabalhista, a ensejar a incidência da prescrição trabalhista.

Por fim, se a lei civil não mais distingue entre prescrição de direitos patrimoniais e prescrição de direitos extrapatrimoniais, não existe razão para entender-se por regimes jurídicos distintos de prescrição.

O que não nos parece possível é a aplicação da prescrição do direito civil no relacionamento entre empregado e empregador, que, no nosso entender,

DOUTRINA

contraria a lei trabalhista, que é expressa: de cinco anos no curso do contrato, com limitação a dois, a partir de sua extinção.

E quanto à hipótese de uma ação que se encontrava no Tribunal de Justiça, ainda em primeiro grau de jurisdição, com a contestação já apresentada, remetido à Justiça do Trabalho qual é o regime prescricional aplicável?

Nesse caso, é preciso aplicar regra de transição. Até o advento da EC 45/2004, a competência para o exame dos acidentes de trabalho era a Justiça Comum e a matéria não era considerada de natureza trabalhista e sim de natureza civil. Passou a ser da Justiça do Trabalho, como causa tipicamente trabalhista, decorrente da execução do contrato de trabalho, o mesmo contrato em relação ao qual a CLT protege o trabalhador por meio das normas de segurança e medicina do trabalho, destinadas a evitar os acidentes típicos e as doenças profissionais.

Assim, relativamente às causas ajuizadas a partir da EC 45/2004, nenhuma dúvida se pode ter a respeito: a prescrição aplicável é a trabalhista, que assim como ocorre com prescrição civil, não distingue entre prescrição de direitos patrimoniais e prescrição de direitos extrapatrimoniais.

Quanto às causas ajuizadas na Justiça Comum anteriormente à Emenda, aplicável é a prescrição de 20 anos até o início de vigência do novo Código Civil e, a partir dele, a de 03 anos, elastecida pela prescrição trabalhista de cinco anos no curso do contrato a partir da vigência da EC 45/2004.

CONTROVÉRSIAS SOBRE O DANO MORAL TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto*

1 – DANO MATERIAL E MORAL

O dano constitui a essência da responsabilidade civil, máxime nos casos de responsabilidade objetiva. Sem dano pode até existir responsabilidade penal, mas jamais civil. A indenização quando dissociada do dano é locupletamento.

Pode-se conceituar dano como lesão a interesses juridicamente tuteláveis. Quando o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano patrimonial. Ao revés, quando a implicação do dano violar direito geral de personalidade, atingindo interesse sem expressão econômica, dir-se-á, então, dano extrapatrimonial.

Registrem-se ainda outras distinções. Enquanto o dano material encerra perdas e danos que alcançam os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402 do CC), exigindo-se assim a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima, no dano moral o valor é arbitrado pelo juiz que visa uma compensação financeira para a vítima¹, sendo desnecessária a prova do prejuízo moral, o qual é presumido da própria violação à personalidade da vítima:

* Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Membro da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. Autor da obra *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*, 2. ed., São Paulo: LTr, 2007.

1 Nas lições de Clayton Reis, “o dinheiro é uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer”. In: *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 89.

DOCTRINA

“Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito.” (STJ, REsp 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 10.03.1998, DJ 18.12.1998)

A propósito, transcrevo a atenta observação de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da presunção de dano moral quando da simples ofensa à personalidade²:

“Em conseqüência, depois de restar superada a máxima segundo a qual *não há responsabilidade sem culpa*, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também, o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção *hominis* de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral.”

O dano patrimonial também é chamado pela doutrina de *dano material*, o qual, por sua natureza, enseja precisa e integral reparação (*restitutio in integrum*), ao contrário do dano extrapatrimonial que encerra função mais compensatória e menos indenizatória (*indene*, no sentido de reparar o dano). Sobre o assunto João Casillo faz interessante observação:

“O princípio da *restitutio in integrum* aplica-se de maneira mais apropriada ao dano patrimonial, pois no dano não patrimonial em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *statu quo ante*. Mesmo assim, esta compensação visaria, pelo menos em tese, a restituir à pessoa ofendida o seu estado de espírito anterior ao dano.”³

O dano patrimonial alcança tanto o dano atual, quanto o dano futuro. Aquele é conhecido como dano emergente, constituindo-se em tudo aquilo que se perdeu e que já seja suscetível de liquidação pela aplicação da teoria da

2 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 159/160.

3 CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84. O jurista paranaense lembra que a expressão remonta o antigo direito romano: “*restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio*” (a integral restituição assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).

DOCTRINA

diferença (*differenztheorie*) entre o patrimônio anterior e posterior à inexecução contratual ou ao fato gerador do dano. O *damnum emergens* assim como o lucro cessante estão contemplados no art. 402 do atual Código Civil:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

A parte final do dispositivo define o *lucrum cessans* como a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido, apurado segundo um juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos⁴.

Conforme lembra Hans Fischer, enquanto o dano positivo tem uma base firme, pois se refere sempre a fatos passados, o lucro cessante é dominado pela incerteza que resulta de se operar com entidades imaginárias: “aqui, só é seguro não poderem já verificar-se aqueles resultados dos quais, se não fosse a interposição do acontecimento danoso, teria brotado o lucro impedido”⁵.

Como visto, enquanto o dano emergente retrata o prejuízo atual, o lucro cessante envolve o prejuízo futuro, o qual pode se manifestar sob dupla forma: como continuação do dano atual ou como dano futuro propriamente dito.

Num acidente do trabalho, por exemplo, os gastos com a permanência do tratamento são danos futuros continuados, enquanto que o prejuízo oriundo do período em que a vítima estará impedida de trabalhar implicará dano futuro propriamente dito⁶.

Impende anotar, ainda, a admissão, por parte da jurisprudência, do dano material proveniente da “perda de uma chance”, ensejando a indenização do dano causado quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, em uma expectativa séria e provável, no sentido de obter uma vantagem ou de evitar uma perda que ameaça⁷.

4 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 72.

5 FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução Antônio de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938, p. 49.

6 SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 11.

7 JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1992, p. 121. Apud: SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 11. Exemplo típico é do advogado que ao deixar de interpor uma ação judicial por perda de prazo prescricional faz com que seu cliente perca a chance de satisfazer sua pretensão, implicando o dever de indenizar.

2 – CONCEITO DE DANO MORAL

Quanto ao dano extrapatrimonial, também chamado de dano moral, registre-se uma primeira fase negatória. Contudo, se havia alguma ressalva no que diz respeito ao seu cabimento e amparo legal⁸, com o advento da Constituição Federal de 1988 não remanesce qualquer incerteza, encontrando-se superadas tais questões, de acordo com o que se infere do solidarismo constitucional que foi capaz de plasmar os incisos V e X do art. 5º, *in verbis*:

“V – é assegurado o direito da resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A título de ilustração, até mesmo o novo Código Civil fez questão de incluir expressamente o dano moral quando modificou a vetusta regra do art. 159 do CC/16, para assim constar em seu art. 186:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.”

Conforme bem observa Estevão Mallet, a Consolidação das Leis do Trabalho, na mesma linha do antigo Código Civil, não se ocupou detidamente dos direitos de personalidade, com algumas raras exceções a exemplo da justa causa que viola a honra e a boa fama ou mesmo os casos de vedação à revista íntima após o expediente. Tudo ficou limitado ao plano meramente patrimonial próprio da época em que se editou a CLT em 1943. Contudo, sendo o empregado necessariamente pessoa física (art. 3º da CLT), os direitos de personalidade encontram-se inevitavelmente em causa em todo e qualquer contrato de trabalho⁹.

A doutrina hesita em conceituar e classificar o dano moral. Há autores que adotam uma conceituação residual de danos extrapatrimoniais, declarando

8 Conforme registra Sérgio Cavalieri Filho, “numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima”. Op. cit., p. 75.

9 MALLET, Estevão. Direitos de personalidade e direito do trabalho. In: *Revista LTr* n. 68-11, nov. 2004, p. 1309.

ser todos aqueles “danos que não têm repercussão de caráter patrimonial”¹⁰. Há outros como os irmãos Mazeaud que vinculam o dano extrapatrimonial como “aquele que causa uma dor moral à vítima”¹¹. Finalmente, há aqueles que sustentam que a dor não é a causa da reparação nem mesmo é ela que configura o direito violado, não havendo, pois, outras hipóteses de danos morais “além das violações aos direitos de personalidade”, nas palavras de Paulo Netto Lobo¹².

Particularmente, entendo que o dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos (presunção *hominis*) de tal lesão e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo¹³:

“Na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto.” (REsp 173.124, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 11.09.2001, DJ 19.11.2001)¹⁴

Em igual direção doutrinária, Maria Celina Bodin de Moraes enaltece a importância de conceituar o dano moral como lesão à dignidade humana, sobretudo pelas consequências dela geradas:

10 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Responsabilidade..., 2002, p. 189.

11 MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractaul*. Tradução Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Título original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Buenos Aires: EJE, 1961, p. 424. Oportuno transcrever a seguinte ementa: “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.” (STJ, REsp 215.666, 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 29.10.2001)

12 LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 364. Em sentido próximo, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira prefere a expressão *dano pessoal* do que dano moral, “por corresponder melhor à definição real intrínseca propriamente dita (portanto lógica e ontologicamente mais perfeita), do dano pelo objeto que menoscaba: a pessoa humana”. O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, mar.-abr. 2002, p. 03.

13 Em igual sentido Paulo Eduardo Vieira de Oliveira observa que os sentimentos íntimos de humilhação, constrangimento, vergonha ou revolta, por mais nobres que sejam, são acidentais na configuração do dano pessoal e não integram seu conceito ontológico. In: O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, mar.-abr. 2002, p. 05.

14 Registre-se, em igual sentido, a seguinte ementa: “Nos termos que veio a orientar-se a jurisprudência das Turmas que integram a Seção de Direito Privado deste Tribunal, as indenizações pelos danos moral e estético podem ser cumuladas, mesmo quando derivadas do mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado.” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 244.839/RJ, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, DJ 14.08.2000)

DOUTRINA

“Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum ‘direito subjetivo’ da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela. A simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação.”¹⁵

Até pouco tempo atrás, remanesce certa dúvida acerca do cabimento da reparação do dano moral no campo da responsabilidade civil contratual. Não obstante o art. 1.059 do Código Civil de 1916 fazer menção apenas ao dano emergente e o lucro cessante, deixando de se reportar ao dano moral, o novo Código Civil de 2002, em seu art. 186, passou a contemplar expressamente o direito à reparação dos danos extrapatrimoniais.

É bem verdade que aludido dispositivo do Código em vigor se reporta aos *atos ilícitos*, dando a entender que se refere apenas às responsabilidades extracontratuais.

Contudo, insta verificar que o fundamento jurídico para pleitear a indenização equivalente ao prejuízo encontra-se estatuído tanto no art. 389 quanto no art. 927, ambos do Código Civil¹⁶. Observa-se que o primeiro enunciado encontra-se no Título IV, *Do inadimplemento das obrigações*, enquanto o segundo localiza-se no Título IX do Código Civil, intitulado *Responsabilidade Civil*, ambos do Livro I, da Parte Especial, *Do direito das obrigações*, o qual regulamenta não apenas o ato ilícito extracontratual, mas, sobretudo, o ilícito contratual.

Como bem assentou José Augusto Rodrigues Pinto, “o ato ilícito, segundo a norma (art. 927 do CC), origina uma relação jurídica de direito material entre o sujeito que o praticou (ou deixou de praticá-lo) e o atingido

15 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 188.

16 Reza o aludido art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”. Reza o art. 927: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

DOCTRINA

por seu resultado, ou *adere ao negócio jurídico preexistente* entre eles¹⁷. Com outras palavras: o dever de reparar o dano pode decorrer de um ato ilícito extracontratual ou de um *ato ilícito contratual* (descumprimento de obrigações principais, secundárias ou deveres anexos de conduta).

Para uma melhor compreensão desse quadro é preciso registrar que a partir da Carta Constitucional de 1988 um novo paradigma surgiu para estudar o direito privado. Trata-se do direito civil-constitucional, ou seja, o direito civil esquadrihado e interpretado à luz dos novos valores e princípios estampados na Constituição Federal.

3 – TUTELA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Na esteira paradigmática da atual Constituição, consolidou-se a categoria dos direitos de personalidade, plasmados em seu art. 5º, incisos V e X. Em face da importância do tema, o constituinte brasileiro, a exemplo do alemão, trouxe uma regra que desenha verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, qual seja a do art. 1º, III, que assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Estado Democrático de Direito. Assim, toda a ordem jurídica deve ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos de personalidade.

Importa sublinhar que aludidos direitos de personalidade manifestam-se tanto fora quanto dentro da esfera dos contratos. Assim, o cidadão empregado, quando da execução do contrato de trabalho, tem seus direitos de personalidade salvaguardados, inclusive contra eventuais abusos de seu empregador. Caso o trabalhador seja ofendido em sua honra, privacidade, nome, imagem, etc., haverá lesão a um interesse extrapatrimonial tutelado em direito; a reparação desse dano moral estará enquadrada na responsabilidade civil contratual, máxime porque agente e vítima ostentam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da consumação do dano.

O mesmo se diga em relação aos danos morais decorrentes do acidente do trabalho. A responsabilidade civil da empresa também será do tipo contratual, sendo a prescrição aplicável a do art. 7º, XXIX, da CF e a competência da Justiça do Trabalho para julgar eventuais litígios daí decorrentes (art. 114, VI, da CF).

17 PINTO, José Augusto Rodrigues. *Prescrição, indenização acidentária e doença ocupacional*. In: Revista LTr, 70-015, jan. 2006, p. 07.

DOUTRINA

Há corrente equivocada que insiste em dizer que tais danos são delituais e, por serem decorrentes de ato ilícito, enquadram-se na responsabilidade aquiliana. Sustentam ainda que os interesses tuteláveis, nesses casos, não decorrem do contrato, mas da lei. Ocorre que os direitos de personalidade, ao mesmo tempo que se aplicam a todos os cidadãos, irradiam seus efeitos tutelares também na esfera contratual.

Registre-se, outrossim, que a atual visão de contrato comutativo é dinâmica, reconhecendo não só as obrigações principais, como também os deveres anexos de conduta pautados na boa-fê, na confiança negocial e na dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando o empregado é lesado em sua honra por seu empregador, durante a execução do contrato de trabalho, estamos diante da lesão de um direito de personalidade e também diante da violação de um dever anexo de conduta.

É bem provável que a resistência doutrinária em admitir a existência de danos morais contratuais incida justamente no conceito de direito de personalidade como *direito absoluto* (indisponível, irrenunciável, imprescritível e extrapatrimonial). Nessa esteira, considerando que o dano moral se caracteriza pela violação de um direito de personalidade – e sendo este um direito absoluto e eficaz contra todos (*erga omnes*) – boa parte dos estudiosos, seguindo esse silogismo, acabou por asseverar que toda reparação de dano moral é sempre extracontratual. Contudo, não se pode ignorar que os direitos de personalidade também irradiam seus efeitos na órbita contratual e, nessa medida, são considerados *direitos relativos* aos contratantes.

“A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie.” (TRT, 3ª Região, 2ª Turma, RO nº 16.022-2001, Relª Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 09.02.2002, p. 06)

Destarte, a hipótese de invasão da privacidade do empregado, por exemplo, caracteriza, ao mesmo tempo, lesão a um direito de personalidade e lesão a um dever anexo do contrato, qual seja o de tratamento leal, digno e protetivo. Há aqui não um direito absoluto, mas um direito de personalidade relativo ao contratante. Francisco Amaral ao explicitar a característica de que os direitos de personalidade são, a rigor, absolutos, admite a possibilidade de existência de *direitos de personalidade relativos*:

“Conseqüentemente (os direitos de personalidade) são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais. Absolutos porque eficazes contra todos (*erga omnes*), admitindo-se, porém, *direitos de personalidade relativos*, como os direitos subjetivos

DOCTRINA

públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, exemplificativamente, com o direito à saúde.”¹⁸

Em que pese esta controvérsia doutrinária, impende registrar que a jurisprudência, antes mesmo do advento do novo Código Civil, manteve-se pródiga nos casos de aceitação do dano moral na órbita contratual.

A doutrina majoritária sempre defendeu o cabimento da reparação do dano moral tanto na órbita contratual quanto na responsabilidade aquiliana. A propósito, Clayton Reis a vincula como um marco no processo evolutivo das civilizações:

“A constatação da existência de um patrimônio moral e a conseqüente necessidade de sua reparação, na hipótese de dano, constituem marco importante no processo evolutivo das civilizações. Isto porque representa a defesa dos direitos do espírito humano e dos valores que compõem a personalidade do *homo sapiens*. Afinal, esses valores sempre constituíram a causa motivadora que impulsiona os homens e as civilizações no curso da história.”¹⁹

Em tempos hodiernos é indiscutível a admissão do dano extrapatrimonial em matéria contratual, o qual pode se manifestar pelo:

- a) não-cumprimento de uma obrigação;
- b) cumprimento defeituoso; ou
- c) quebra de deveres secundários derivados da boa-fé²⁰.

Geralmente, em tais conjecturas o dano moral se encontra cumulado com o dano material, o que é juridicamente possível, se considerarmos que ambos partem de fatos geradores diversos. Nessa direção é a correta Súmula 37 do STJ.

Das três formas já vistas, a de maior incidência é o dano moral oriundo do descumprimento de dever anexo de conduta, que se subdivide em dever de proteção, informação e lealdade. Se de um lado é comum o empregador cumprir de forma regular sua obrigação principal, de outro lado, todavia, verifica-se, amiúde, seu total desrespeito em relação aos direitos de personalidade do trabalhador.

18 AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 248.

19 REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 07. Registre-se que a 1ª edição foi publicada em 1991.

20 SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 58.

DOCTRINA

Em manifesto extrapolamento do exercício do *jus variandi*, o empregador, aproveitando-se de sua condição ascendente, ora trata seu empregado com menoscabo (injuriando e destratando-o até mesmo na frente de seus colegas), ora o trata com rigor excessivo, exigindo-lhe uma produtividade desumana com imposição de horas extras e expedientes fatigantes em detrimento de suas necessidades familiares, físicas e sociais.

Neste sentido adverte Valdir Florindo:

“Como sabemos, na relação de emprego existem abusos, por parte do empregador, atingindo a honra, a dignidade daquele que lhe presta serviços e que colabora para com o crescimento da produção, e que absolutamente não pode ser tratado com indiferença e insensatez, e sim com seus próprios valores, pois a pessoa humana é a fonte e fulcro de todos os valores. Essa questão é fundamental, tendo razão a preocupação apontada, pois o Direito do Trabalho possui princípios protetivos, em especial o magno princípio de proteção ao trabalhador.”²¹

O fato da CLT simplesmente dizer que a ofensa moral praticada pelo empregado ou pelo empregador constitui-se causa de resolução contratual (art. 482, *j* e *k* e art. 483, *e*) não obsta o pleito de indenização por danos morais, vez que as lesões produzidas encerram facetas diferentes e, portanto, exigem tutelas jurídicas diferentes²². Assim, no caso da empresa ferir a honra do seu empregado, este poderá pleitear cumulativamente: a) rescisão indireta do contrato de trabalho com a indenização trabalhista daí resultante (verbas rescisórias e multa do FGTS); b) indenização civil pelos danos morais; e, c) representação criminal através de ação penal própria (crime contra a honra).

O solidarismo marcante na nossa atual Carta da República, plasmado em seu art. 1º, III, ao se referir à dignidade da pessoa humana, encerra um conteúdo normativo não só para impor limites ao poder diretivo do empregador, mas, sobretudo, para infundir ações positivas de respeito e elevação à pessoa do empregado.

Oportuno trazer à baila a observação atenta de Francisco Amaral:

“O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no

21 FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 67.

22 SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998, p. 196.

DOCTRINA

núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa ele que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins dos outros.”²³

Nesse viés, ao trabalhador enquanto ser humano é assegurado um ambiente de trabalho adequado, tratamento leal e digno, salário capaz de atender as suas necessidades vitais e de sua família, além de reconhecer o valor de sua performance profissional através de promoções funcionais, homenagens e reajustes espontâneos. Práticas esquecidas em tempos de reestruturação produtiva que caminha em direção à busca frenética do lucro à custa do aviltamento da mão-de-obra.

4 – ENQUADRAMENTO DO DANO ESTÉTICO

Consigne-se a existência de corrente doutrinária²⁴ que posiciona os danos corporais, estéticos ou da imagem não como espécies de dano moral, mas como um *tertium genus*. Consoante adverte Sérgio Severo, referido enquadramento nos parece injustificável, pois em tais direitos de personalidade (corporais, estéticos ou da imagem) não se verifica “nenhuma particularidade que exija um tratamento diverso daquele dispensado aos demais interesses extrapatrimoniais”²⁵.

Ademais, o dano moral e o dano estético não são cumuláveis, vez que ou o dano estético importa em dano material ou está compreendido no dano moral²⁶. Assim, por exemplo, no caso de mutilação de um dedo em acidente do trabalho. O dano estético neste caso não é um terceiro gênero, mas representa o próprio dano material em relação à perda da capacidade laborativa decorrente da amputação e, cumulativamente, encontra-se compreendido no conceito de dano moral no que tange a ofensa de sua honra subjetiva e objetiva em face da dor e da vergonha que lhe foram infligidas pela mutilação parcial de membro superior.

Destarte, há que prevalecer a taxionomia dualista: danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. Aqueles são os prejuízos materiais e, portanto,

23 AMARAL, Francisco. Idem, p. 249.

24 Dentre eles cite-se o ilustre jurista Sebastião Geraldo de Oliveira, *Indenizações por acidente do trabalho doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005, p. 127.

25 SEVERO, Sérgio. Op. cit., p. 47.

26 Essa foi a conclusão dos magistrados reunidos em São Paulo no IX Encontro de Tribunais de Alçada, São Paulo.

DOUTRINA

suscetíveis de precisa avaliação econômica, enquanto os demais são todos os que violam o direito geral de personalidade e com valores equitativamente arbitrados pelo juízo.

5 – DANO MORAL SOFRIDO PELA PESSOA JURÍDICA

Oportuno indicar a distinção de Miguel Reale entre *dano moral objetivo* – atinente a dimensão moral da pessoa em seu meio social, envolvendo o prejuízo de sua imagem – e o *dano moral subjetivo* correlacionado com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita à dor ou sofrimento próprios, os quais por serem afetados, devem sofrer inequívoca reparação²⁷.

Em relação à possibilidade da pessoa jurídica sofrer dano moral, o STJ já pacificou o tema através da Súmula 227.

A jurisprudência desse excelso pretório vem firmando posição de que a indenização, nesses casos, é possível somente se houver lesão à honra objetiva (difamação), sendo impróprio falar em honra subjetiva (calúnia ou injúria) da empresa:

“A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso, desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.” (STJ, 4ª Turma, REsp 60.033-2-ME, Rel. Min. Ruy Rosado, RSTJ 85/268-274)

Tal entendimento tutela a imagem (marca comercial) da pessoa jurídica, partindo de um viés patrimonial acerca da exegese do art. 52 do novo Código Civil:

“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

Entrementes, outro segmento doutrinário, encabeçado por Gustavo Tepedino, pugna pela necessidade de uma reelaboração dogmática, de molde a subordinar a lógica patrimonial àquela existencial atinente à dignidade da pessoa

27 REALE, Miguel. *O dano moral no direito brasileiro*. In: Temas de direito positivo. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1992, p. 23.

humana, localizada no vértice hierárquico do ordenamento. Assim, “a empresa privada, na esteira de tal perspectiva, deve ser protegida não já pelas cifras que movimenta ou pelos índices de rendimento econômico por si só considerados, mas na medida em que se torna instrumento de promoção dos valores sociais e não patrimoniais”²⁸. Com outras palavras, a empresa merece “tutela jurídica apenas e tão-somente como um instrumento (privilegiado) para a realização das pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congrega”²⁹.

6 – FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

No campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional manifesta-se na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como sujeito de direito de uma relação jurídica, mas antes como gente em sua essência humana e digna.

Clayton Reis assevera que o verdadeiro sentido da indenização dos danos morais “consolida uma idéia de plena indenização”, protegendo “de forma integral o ser humano em todos os seus valores”; para tanto, faz-se mister um “aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade, em virtude das agressões de que foi vitimada”³⁰.

A legislação positiva é omissa na tarifação dos danos morais e assim o faz de forma acertada, vez que pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade não é possível aplicar valores nominais e imutáveis a todas as situações concretas, indiscriminadamente. Não se ignore que a natureza da indenização do dano moral não é a de reparar (consertar) o prejuízo, sendo isso possível apenas em relação aos danos materiais. Deveras, a natureza jurídica da indenização do dano moral é sempre de compensar financeiramente (ressarcir) a vítima do dano moral. Assim, o valor pecuniário fixado deve representar uma alegria à vítima a fim de compensar o sofrimento da dor, a qual é presumida da simples violação do direito de personalidade.

28 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 52/53. O jurista carioca complementa: “a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge – mediata ou imediatamente – os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada *honra objetiva*, com os direitos da personalidade”.

29 TEPEDINO, Gustavo. Obra citada, p. 52/53.

30 REIS, Clayton. O verdadeiro sentido de indenização dos danos morais. In: *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Coordenador: Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81, 87 e 93.

DOCTRINA

Conforme preceitua o art. 946 do CC/02, combinado com o art. 475-C, II, do CPC, o juiz deve arbitrar o valor da condenação por dano moral.

Art. 946, CC/02: Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

Art. 606, II, do CPC: Far-se-á a liquidação por arbitramento quando: II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Diante dessa forma aberta de arbitramento pelo julgador, a doutrina apresenta vários critérios objetivos para que se possa fixar um valor justo, razoável e consentâneo com a natureza jurídica dessa espécie de indenização.

Impende ressaltar que qualquer critério sugerido pela doutrina há que ter respaldo na natureza jurídica da indenização e nas regras da legislação civil.

Com efeito, a efetiva reparação do dano extrapatrimonial, mormente aquele advindo da relação empregatícia, deve representar função ressarcitória-preventiva. Assim, o valor da indenização deve representar, ao mesmo tempo, uma compensação financeira à vítima e uma punição ao agente capaz de desestimular a reiteração da prática leviana:

“A indenização por dano moral deve ser fixada em valor razoável, de molde a traduzir uma compensação, e punir patrimonialmente o empregador, a fim de coibir a prática reiterada de atos dessa natureza.” (TRT, 3ª R., 5ª Turma, RO nº 9891/99, Relª Juíza Taísa Mª M. de Lima, DJMG 20.05.2000, p. 16)

Carlos Alberto Bittar preconiza que, na atual conjuntura, a teoria da reparabilidade dos danos morais “conta com componentes centrais que lhe conferem a expressão necessária para uma efetiva realização de suas funções, a saber: a de trazer satisfação ao interesse lesado e, de outra parte, inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer membro da coletividade³¹”.

Há parcela minoritária da doutrina que é refratária ao caráter punitivo da indenização civil, vez que enseja um injustificável *bis in idem*, na medida em que o agente estaria sujeito a dupla punição, uma na esfera criminal e outra na cível. Um dos poucos autores a sustentar esta tese é o saudoso Wilson Melo da Silva que assim se manifesta:

31 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 237.

DOCTRINA

“Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique, ou seja, *nulla poena sine lege*. Para que haja dano basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o fato gerador, a circunstância determinante dele. É que no juízo cível o que se busca ressarcir é apenas a consequência do delito, ou seja, o dano.”³²

Ao final, Melo da Silva arremata: na responsabilidade civil, mira-se a satisfação da pessoa do ofendido e não a do ofensor e quanto à graduação do *quantum* reparador, leva-se em conta a extensão do prejuízo “e não a culpa do autor”³³.

Ora, é exatamente aqui que reside o argumento para reafirmarmos a possibilidade do caráter sancionador (punitivo) da indenização, divergindo-se do autor citado. Explicamos a nossa posição. Senão vejamos.

Pelo Código Civil de 1916 a gravidade da culpa em nada afetava o valor da indenização. Contudo, a partir do Código Civil de 2002, a graduação da culpa do agente e a concorrência de culpa da vítima tornaram-se fatores capazes de ensejar a redução do valor da indenização, conforme se infere do art. 945 e parágrafo único do art. 944.

Art. 944 do NCCB: “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir eqüitativamente a indenização”;

Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

Logo, se a investigação da gravidade da culpa é levada em conta para o *quantum* indenizatório, não há dúvida que o caráter sancionatório (punitivo) encontra-se embutido e respaldado na lei. Assim, se a culpa do agente foi leve ou levíssima o juiz poderá reduzir a indenização (art. 944, parágrafo único, do CC), o que vale dizer: quanto menor o grau de culpa do agente menor a indenização punitiva!

Considerando que a responsabilidade civil oriunda do contrato de trabalho se manifesta de duas maneiras – por inexecução obrigacional ou pela simples assunção do risco da atividade econômica – somente naquela decorrente de ato culposo é que a indenização alcançará função ressarcitória-sancionatória.

32 SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 573.

33 Idem, *ibidem*.

Na hipótese em que o dano sofrido pelo empregado decorrer não de ato ilícito do empregador (inexecução), mas *em razão de atividade normal de risco insita ao contrato de trabalho*, a responsabilidade não assumirá natureza *sancionatória* ao agente, mas meramente reparatória à vítima, porque, neste caso a responsabilidade da empresa estará “ligada ao *risco especial* que criou com a sua actuação em busca de *vantagens*”³⁴.

Dessa feita, quando do arbitramento do *quantum* reparatório (art. 946 do CC/02), o julgador deverá levar em conta todos os elementos que circunscrevem o episódio danoso. Quanto à vítima, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível³⁵.

José Cairo Júnior, após sistematizar o tema, sustenta a existência de cinco pilares que deverão ser levados em conta para a fixação da indenização do dano moral, quais sejam: (a) condição pessoal da vítima, (b) capacidade financeira do ofensor, (c) intensidade do ânimo de ofender, (d) gravidade e (e) repercussão da ofensa³⁶.

Assim, em relação ao caráter *ressarcitório* do dano, além da avaliação da situação pessoal financeira da vítima, deve-se conjugar “*gravedad del ilícito y magnitud del daño*”³⁷. Quanto ao caráter *sancionatório*, além dos quesitos anteriores (necessidade pessoal da vítima, gravidade do ilícito e magnitude do dano), há que se considerar a capacidade econômica do agente, pois numa empresa de grande porte somente uma indenização vultosa será capaz de acoimá-la de modo a inibir a reiteração do ato ilícito.

Observa-se que o binômio *necessidade da vítima e capacidade econômica do agente* é utilizado como critério legal para a fixação de alimentos provisionais, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Por analogia, tal regra se binômio axiológico se aplica como diretriz da indenização do dano:

“O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado pelo juiz (art. 1.553 do Código Civil), atendendo ao duplo caráter da reparação, ou seja, o de compensação para a vítima e o de punição do agente. E,

34 TELLES, Inocêncio Galvão. Idem.

35 CORTIANO Jr., Eroulths. Op. cit., p. 42.

36 JÚNIOR, José Cairo. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003, p. 103.

37 ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 319.

DOCTRINA

como critérios abalizadores, pesam a extensão do dano; a condição socioeconômica e cultural da vítima e a sua participação no evento; a capacidade de pagamento e o grau de culpabilidade do agente; dentre outros definidos pela doutrina, pela jurisprudência, e por normas pertinentes a hipóteses semelhantes.” (TRT 3ª R., 2ª Turma, RO 15335/99, Rel. Juiz Antônio Fernando Guimarães, DJMG 29.03.2000, p. 20)

Em face do caráter publicista que permeia o Direito Civil e do Trabalho, máxime a partir do solidarismo contratual advindo na Carta Constitucional de 1988, não há como negar a aproximação da responsabilidade civil com a responsabilidade penal, as quais, em sentido ontológico, compõem uma unidade conceitual, diferenciando-se apenas em grau valorativo. Essa proximidade se evidencia no caráter *ressarcitório-sancionatório* que norteia as demais indenizações trabalhistas, a exemplo de alguns dispositivos da própria legislação trabalhista: art. 467 da CLT, que prevê multa de 50% caso o pagamento das verbas rescisórias incontroversas não seja efetuado em primeira audiência; art. 137 da CLT, que impõe pagamento dobrado das férias não concedidas tempestivamente; Lei nº 605/49, art. 9º, que estabelece o pagamento dobrado quando do labor em dias de feriados oficiais não compensados.

Não há dúvida de que tais multas legais, bem como a incidência dos juros moratórios sobre o crédito corrigido representam o caráter *reparatório-sancionatório* do dano trabalhista infligido ao empregado no curso de seu contrato de trabalho.

ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Adriane Reis de Araujo*

I – INTRODUÇÃO

A crise econômica e o desmantelamento do Estado Social que se segue a 1970 foram acompanhados da extinção do modelo fordista de organização da produção. Os grandes complexos fabris, assentados em um único território, abrangendo todo o processo produtivo cedem lugar à empresa, mais ágil, composta internamente apenas por um pequeno núcleo de trabalhadores incumbidos da elaboração do produto final e assessorada por inúmeros fornecedores e prestadores de serviços disseminados pelo mundo (sistema de redes e contratadas). A prática de grandes estoques de materiais e produtos é abandonada; a produção segue o sistema *just in time* em que a atividade empresarial é provocada pela demanda.

Nesse sistema, exige-se do trabalhador mais do que o conhecimento técnico da sua função. Ele deve ser capaz de detectar – e mesmo antecipar – falhas no processo produtivo, propondo soluções tanto para seu aprimoramento como do próprio produto final. Sua denominação transmuda-se para “colaborador”. Para o desenvolvimento de sua atividade, o colaborador deve estar apto a trabalhar em equipe e dividir seu conhecimento com os demais colegas e a empresa. O colaborador ideal é capacitado e flexível. O conceito de qualificação profissional dá lugar à competência e empregabilidade. Magda de Almeida Neves explica:

“A noção de competência, assim entendida, reduz a noção de qualificação compreendida em seus aspectos multidimensionais e se

* Procuradora Regional do Trabalho.

apresenta centrada na habilidade individual de se mobilizar para resolução de problemas, muito mais do que na sua bagagem de conhecimentos.”¹

O conceito de empregabilidade padece da mesma imprecisão. Segundo Graça Druck, a “empregabilidade se caracteriza pelas condições do trabalhador de manter ou obter emprego, sendo de responsabilidade do trabalhador e da empresa”². Com vistas a demonstrar sua “habilidade para resolução de problemas” e dessa forma apresentar “condições para obter e manter o emprego”, diante de um trabalho imaterial, os trabalhadores buscam incessantemente a atualização do conhecimento pertinente a sua atividade produtiva sem conseguir identificar objetivamente os requisitos necessários a sua permanência no mercado de trabalho. A avaliação individual e constante pautada em conceitos tão efêmeros resulta na falta de parâmetros para fiscalização e exame, fomentando a competição ilimitada entre trabalhadores, entre equipes e entre empresas (até mesmo entre empresas do mesmo grupo situadas em locais diferentes).

O desenvolvimento da microeletrônica e dos meios de comunicação agrava o quadro ao fazer desaparecer as fronteiras da fábrica e permitir o alcance do trabalhador em qualquer parte do mundo, inclusive em seu ambiente doméstico, e vice-versa. Esse tipo de modulação do espaço e do tempo exige uma nova modulação do engajamento subjetivo, uma vez que a liberdade do trabalhador pressupõe um forte compromisso com a empresa, ou seja, “ele deve por si mesmo se obrigar a fazê-lo”³. E ele o faz, ainda que seja por medo do fantasma do desemprego estrutural. Marcio Pochman ressalta:

“Não é mais o relógio que organiza decisivamente o tempo de trabalho. (...) As novas ferramentas fazem com que você fique plugado 24 horas no trabalho. O empregado vai para casa, sonha com o trabalho, fica com medo de ser demitido (...) Essa insegurança nos coloca vinculados ao trabalho o tempo todo.”⁴

-
- 1 NEVES, Magda de Almeida. Reestruturação produtiva, qualificação e relações de gênero. In: *Trabalho e gênero: mudanças, permanências e desafios*. Maria Isabel Baltar da Rocha (org.). Campinas: ABEP, NEPO/UNICAMP e CEDEPLAR/UFMG/São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 178.
 - 2 DRUCK, Graça. Qualificações, empregabilidade e competência: mitos *versus* realidade. In: *O trabalho no século XX: considerações para o futuro do trabalho*. São Paulo: A. Garibaldi; Bahia: Sindicato dos Bancários da Bahia, 2001, p. 86.
 - 3 ZARIFIAN, Philippe. Engajamento subjetivo, disciplina e controle. In: *Novos Estudos Cebrap*, n. 64, nov. 2002, p. 27.
 - 4 KASSAB, Alvaro. O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo. In: *Jornal da Unicamp*, edição 364, 9 a 15 de abril de 2007, p. 2-20.

DOCTRINA

De toda sorte, o controle do trabalho agora se faz por objetivos e resultados com a modulação da remuneração por meio da distribuição de prêmios (e sanções) relacionados à produtividade. O próprio contrato de trabalho é modulado por jornadas mais flexíveis e modalidades de contratos atípicos.

O consentimento do trabalhador é cooptado nos espaços internos de discussão dos contornos da produção, como antes mencionado, fazendo com que ele se sinta parte integrante do grupo decisório. “Bons pensamentos significam bons produtos”⁵, o slogan da fábrica da Toyota retrata bem a nova exigência da produção: mais do que a força física, exige-se do trabalhador a criatividade e emoção, participação e preocupação tal qual fosse ele o proprietário do investimento. Todavia, como observa Pedro Proscurcin, tais modificações não acarretam a diminuição do poder do empregador:

“(…) o poder empresarial ficou mais forte. As novas formas de gerir tecnologias, aumentando a autonomia e o poder de decisão dos empregados, favoreceram o empregador. Hoje, dado o aumento da competência nos processos internos, todos na empresa estão preocupados com seus objetivos e resultados. Nesse sentido, o empresário conseguiu dividir as responsabilidades pela sorte do empreendimento, sem uma proporcional divisão dos lucros. Vale dizer, a autonomia dos empregados no empreendimento não implica em mudanças no centro do poder da organização. Nesse centro, nada mudou.”⁶

Esse modelo fragmentado e individualizado de produção propicia a desarticulação da organização de classe dos trabalhadores, que acusa uma retração acentuada a partir do final da década de 80. O trabalhador então se vê isolado em sua luta por melhores condições de trabalho e na busca pelo sentido do trabalho.

Soma-se a esse quadro hostil, a adesão por algumas empresas à violência psicológica ou violência invisível para o controle da subjetividade dos trabalhadores, expressando modelos abusivos de gestão de mão-de-obra, como a gestão por injúria, gestão por medo ou gestão por estresse. O assédio moral difuso e fomentado pela empresa surge assim como mais um instrumento de

5 Slogan da fábrica da Toyota, na cidade japonesa de Takaoka, citada por Ricardo Antunes. (KASSAB, Alvaro. O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo. In: *Jornal da Unicamp*, edição 364, 9 a 15 de abril de 2007, p. 4).

6 PROSCURCIN, Pedro. O fim da subordinação clássica no direito do trabalho. In: *Revista LTr*, vol. 65, n. 03, mar. São Paulo: LTr, 2001, p. 288.

controle e disciplina da mão-de-obra. Sua peculiaridade permite denominá-lo de assédio moral organizacional.

II – ASSÉDIO MORAL. CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO

A denominação “assédio moral” foi utilizada pela primeira vez em 1998 por Marie-France Hirigoyen que, em 2002, aprimora seu conceito e propõe a seguinte definição:

“(...) o assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.”⁷

O assédio moral pode ser identificado de acordo com sua origem como assédio moral vertical descendente, horizontal ou vertical ascendente. O assédio moral oriundo do superior hierárquico da vítima é denominado assédio vertical descendente. A perseguição praticada pelos próprios colegas de trabalho se identifica como assédio moral horizontal. E o assédio vertical ascendente, mais raro, traduz aquele realizado pelos subordinados contra um superior hierárquico. Essas modalidades em geral se manifestam de forma combinada, configurando o assédio moral misto.

Os critérios frequentemente utilizados para a identificação do assédio moral no trabalho são: a repercussão da conduta abusiva na saúde física e psicológica da vítima, a periodicidade e durabilidade do ato faltoso, as espécies de condutas abusivas, a sua finalidade, o perfil e a intencionalidade do agressor.

Para a primeira corrente, entre os quais se encontra Heinz Leymann, somente há o assédio quando a vítima desenvolve algum sintoma de estresse ou doença, de natureza psicossomática ou mental, como reação à situação hostil a que foi submetida. A exigência de que a vítima apresente um quadro de doenças mentais ou físicas condiciona o reconhecimento do assédio moral a sua subjetividade e ignora os casos em que ela seja mais resistente à agressão ou aqueles em que seus problemas físicos ou psíquicos transparecem apenas

7 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho*: redefinindo o assédio moral. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 17. A redação indicada foi proposta pela autora perante os grupos de trabalhos no poder legislativo francês em 2002. O primeiro conceito não incluía a necessidade de repetição e sistematização da conduta abusiva.

após o término da violência⁸. Além do mais, o enfoque biológico ou mental permite o questionamento de aspectos privados da vida do empregado como motores dos distúrbios explicitados, afastando ou minimizando os efeitos da agressão sofrida no ambiente de trabalho.

O segundo critério se traduz na frequência e periodicidade da conduta abusiva⁹. Heinz Leymann enfatiza esse aspecto ao sustentar que a diferença entre conflito e *mobbing* não está focalizada *no que* é feito ou *como* é feito, mas sim na *frequência* e *duração* de seja lá o que for feito¹⁰. Esse estudioso, bem como Dieter Zapf¹¹, somente reconhece o *mobbing* no caso de a conduta abusiva se repetir semanalmente pelo prazo mínimo de seis meses. Como se observa no conceito adotado por Marie-France Hirigoyen, a repetição e sistematização são importantes na configuração dessa prática abusiva.

Em território brasileiro, a frequência do assédio moral apurado em uma pesquisa envolvendo um universo de 10.000 entrevistados autodeclarados vítimas confirma o posicionamento acima, pois em 50% dos casos a conduta abusiva se repetiu várias vezes por semana, em 27% uma vez por semana, em 14% uma vez por mês e em 9% raramente¹². De todo modo, em vista da precariedade das relações de trabalho no Brasil, com a possibilidade de ruptura injustificada e imediata pelo empregador também do contrato de trabalho a prazo indeterminado, justifica-se a rejeição de qualquer delimitação temporal mínima, como decidiu o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

“ASSÉDIO MORAL. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO. IRRELEVÂNCIA DE QUE O CONSTRANGIMENTO NÃO TENHA PERDURADO POR LONGO LAPSO DE TEMPO. Conquanto não se trate de

-
- 8 Marie-France descreve vítimas que desenvolvem o quadro psicossomático ou psicológico após o término do assédio moral (HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*).
 - 9 Adotamos também o critério de frequência e periodicidade sem desconhecer estudos e legislação comparada que aceitam um único ato abusivo como assédio moral, desde que as conseqüências sejam graves e permanentes, como é o caso da legislação canadense, porque vislumbramos no assédio a prática da perseguição, o cerco da vítima. (LECLERC, Chantal. Intervir contra o assédio no trabalho: cuidar e reprimir não basta. In: *Plur(e)al*, vol. 1, n. 1, 2005. Disponível em <<http://plureal.up.pt/revista/artigo.php?id=37t45nSU547112245:2:397391>>. Acesso em 02.02.2007)
 - 10 Bullying; Whistleblowing. Information about psychoterror in the workplace. In: *The mobbing encyclopaedia: Bullying; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces*. Disponível em <<http://www.leymann.se/English/frame.html>> . Acesso em 13.06.2005, tradução livre.
 - 11 Workplace bullying (*mobbing*). Disponível em <http://www.psychologie.uni-frankfurt.de/Abteil/ABO/forschung/mobbing_e.htm>. Acesso em 13.07.2005.
 - 12 Assédio moral: o lado sombrio do trabalho. *Revista Veja*. Edição 1913, ano 38, n. 28, 13.07.2005, p. 108.

DOCTRINA

fenômeno recente, o assédio moral tem merecido reflexão e debate em função de aspectos que, no atual contexto social e econômico, levam o trabalhador a se sujeitar a condições de trabalho degradantes, na medida em que afetam sua dignidade. A pressão sobre os empregados, com atitudes negativas que, deliberadamente, degradam as condições de trabalho, é conduta reprovável que merece punição. A humilhação, no sentido de ser ofendido, menosprezado, inferiorizado, causa dor e sofrimento, independente do tempo por que se prolongou o comportamento. A reparação do dano é a forma de coibir o empregador que intimida o empregado, sem que se cogite de que ele, em indiscutível estado de sujeição, pudesse tomar providência no curso do contrato de trabalho, o que, certamente, colocaria em risco a própria manutenção do emprego. Recurso provido para condenar a ré ao pagamento de indenização por danos provocados pelo assédio moral.¹³

O terceiro critério enfatiza as condutas abusivas propriamente ditas, com base em sua intensidade e sua vinculação às várias facetas da relação de trabalho: as condições materiais de trabalho, as condições sociais de trabalho e a pessoa do trabalhador. A classificação de Marie-France Hirigoyen divide os diversos atos hostis em quatro categorias: 1) *deterioração proposital das condições de trabalho* (como retirar a autonomia da vítima; não lhe transmitir mais informações úteis para a realização das tarefas; privá-la do acesso aos instrumentos de trabalho: telefone, fax, computador, etc.; atribuir-lhe proposital e sistematicamente tarefas superiores ou inferiores às suas competências; entre outros); 2) *isolamento e recusa de comunicação* (exemplificativamente, a vítima é interrompida sistematicamente; superiores hierárquicos e colegas não dialogam com ela; a comunicação é unicamente por escrito; recusa de qualquer contato com a vítima, até mesmo visual); 3) *atentado contra a dignidade* (como utilizar insinuações desdenhosas para qualificá-la; fazer gestos de desprezo diante dela como suspiros, olhares desdenhosos, desacreditá-la perante os colegas, superiores e subordinados; espalhar rumores a seu respeito; atribuir-lhe problemas psicológicos); e 4) *violência verbal, física ou sexual* (entre as quais, ameaçá-la com violência física, agredi-la fisicamente ainda que de leve, falar com a vítima aos gritos, invadir sua vida privada com ligações telefônicas ou cartas)¹⁴. Tratando da realidade brasileira, Margarida Barreto destaca os

13 Acórdão do TRT 9ª Região, autos TRT-PR-09329-2002-004-09-00-2. ACO-00549-2004. Publicado em 23.01.2004.

14 HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho*: redefinindo o assédio moral, p. 108/109.

procedimentos mais corriqueiramente utilizados: dar instruções confusas ou imprecisas, bloquear o andamento do trabalho, atribuir erros imaginários e ignorar a presença dos trabalhadores¹⁵.

Marie-France Hirigoyen admite a manifestação do assédio desde os atos sutis até os mais ostensivos como isolamento, avaliações rigorosas, obstrução da atividade por meio da sonegação de informações e equipamentos necessários ou exigência acima ou abaixo da função contratada e condutas de explícita agressão verbal, sexual e física, ainda que leves. O que importa ressaltar é que as agressões nem sempre são humilhantes ou constrangedoras se tomadas isoladamente, ou seja, fora de sua contextualização. Valérie Malabat salienta:

“Poderão caracterizar atos de assédio as decisões normais nas relações de trabalho, mas que em razão de seu contexto, de suas circunstâncias, de seu modo de execução ou de sua repetição tendam a degenerar as condições de trabalho.”¹⁶

O quarto aspecto diz respeito à finalidade do assédio moral. Identifica-se o assédio pelas condutas voltadas à degradação das condições humanas, sociais e materiais do trabalho ou, especificamente, o afastamento da vítima do local de trabalho. Embora na maioria das situações, o assédio resulte na saída da vítima, seja por meio da dispensa ou pedido de demissão ou ainda a aposentadoria por invalidez¹⁷, a exclusão do grupo se manifesta como o objetivo em situações extremas. A identificação desse resultado com a finalidade principal do assédio decorre da sua maior visibilidade, pois nesse caso em regra o assédio moral atingiu um nível intenso e a vítima não suporta mais as agressões, procurando ajuda externa. Todavia não se pode confundir os instrumentos ou resultados com a finalidade da prática abusiva. A finalidade específica geralmente se revela tão-somente na investigação do panorama geral das redes internas de poder da organização produtiva, como veremos.

O último critério (subjetivo) focaliza sua atenção na pessoa do agressor e da vítima. Para o agressor, destaca-se a sua intencionalidade destrutiva como

15 BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003.

16 MALABAT, Valérie. À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement. In: *Droit Social*, n. 5, maio 2003, p. 496, tradução livre.

17 Marie-France Hirigoyen relata que 66% dos casos resultam no afastamento do empregado, sendo: 20% despedida por justa causa, 9% demissão negociada, 7% pedido de demissão, 1% pré-aposentadoria e 30% em licença para tratamento de doenças, aposentadoria por invalidez ou desempregadas por incapacidade laboral (HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*, p. 120).

fiões condutores para a caracterização do assédio, geralmente o relacionando com a figura do gestor ou empregador. Esse parâmetro seduz em virtude do desequilíbrio de forças entre o trabalhador e o empregador ou seus representantes e interessa à empresa na medida em que a sua responsabilidade se limita ao controle da conduta abusiva adotada, bastando a ela adotar códigos de ética e setores internos legitimados para a resolução do conflito individual estabelecido. As pesquisas contudo indicam que o assédio moral se dirige a empregados dos mais diversos níveis hierárquicos e é praticado nos mais variados sentidos: vertical descendente, horizontal ou vertical ascendente.

Igual desconfiança repousa no estudo da pessoa do agredido. A literatura especializada reconhece a possibilidade de a vítima ser selecionada sem nenhum motivo diretamente a ela vinculado, mas simplesmente porque ela foi eleita como “integrador negativo”¹⁸ ou o chamado “bode expiatório” em uma situação de crise na empresa. Heinz Leyman descarta veementemente qualquer traço da personalidade da vítima como o propulsor ao assédio:

“Como mencionado anteriormente, a pesquisa até o momento não revelou particular importância aos traços da personalidade tanto em respeito aos adultos no local de trabalho ou às crianças na escola. Um local de trabalho é sempre regulado por regras de comportamento. Uma dessas regras reclama cooperação efetiva, controlada pelo supervisor. Conflitos podem sempre surgir, mas, de acordo com estas regras comportamentais, a ordem deve ser restaurada para promover uma produtividade eficiente. [...] Uma vez que o conflito atinja esse estágio de gravidade, não tem sentido culpar a personalidade de alguém por isso. Se o conflito se desenvolver em um processo de *mobbing*, a responsabilidade recai primeiramente sobre a gerência, seja porque a administração de conflitos não foi trazida para estacar a situação ou porque há uma falha nas políticas organizacionais em tratar as situações de conflito.”¹⁹

O agravante desse critério é que acaba por responsabilizar individualmente a própria vítima ou agressor pelo assédio e reafirma sem justificativa preconceitos, ocultando a dimensão coletiva do problema.

18 Integrador negativo é aquela pessoa que é eleita a vítima de dois grupos rivais que então deixam suas rivalidades de lado e se unem para agredi-la. Ela serve como um catalizador do conflito.

19 LEYMAN, Heinz. Why Does *Mobbing* Take Place? In: *The mobbing encyclopaedia: Bullying; whistleblowing: the definition of mobbing at workplaces*. Disponível em <<http://www.leymann.se/English/frame.html>>. Acesso em 13.06.2005, tradução livre.

III – ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

Com base na revisão dos critérios determinantes do assédio moral no trabalho, voltamos nossa atenção novamente à finalidade da prática do assédio moral. Utilizaremos três situações paradigmáticas descritas na doutrina e jurisprudência para nos auxiliar na identificação da finalidade.

Para o primeiro exemplo, tomaremos os relatos dos trabalhadores da indústria química paulista, trazidos por Margarida Barreto, na obra “Violência, Saúde e Trabalho: uma jornada de humilhações”²⁰. Essa autora se reporta a inúmeros casos de trabalhadores que, ao retornarem de licença-médica, são obrigados a ficar sentados em local visível aos demais, perante a linha de produção, durante a jornada de trabalho sem exercer qualquer função. A inatividade é imposta pelo empregador embasada no exercício de seu poder de gerir a mão-de-obra. Contudo, essa determinação claramente visa constranger o trabalhador adoecido a abdicar de sua estabilidade no emprego, pedindo demissão, ao mesmo tempo em que transmite a todo grupo a inutilidade para a empresa daqueles que adoecem, configurando verdadeiro abuso de direito. Conseqüentemente, trabalhadores não-licenciados (mesmo que adoecidos) silenciam em relação às adversidades encontradas nas condições de trabalho, e muitas vezes até aumentam o ritmo da produção para se distanciar da imagem da vítima, consentindo com a administração abusiva. A conduta abusiva aqui não decorre de um conflito degenerado entre pessoas específicas (Heinz Leyman); ela é utilizada como mecanismo de “saneamento” do espaço empresarial a baixo custo e controle da mão-de-obra. A vítima é selecionada objetivamente por fugir ao padrão postulado pela organização produtiva, sem que se registre necessariamente qualquer conflito anterior (salvo o conflito com as regras implícitas: o afastamento da linha de produção em decorrência do adoecimento).

A mesma situação se repete em relação a executivos japoneses, como descreve em seu estudo Roberto Heloani (“Gestão e organização no capitalismo globalizado. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho”), que no final da carreira são isolados e transformados em “colaboradores virtuais” ou trabalhadores invisíveis, a fim de que a empresa não arque com os custos econômicos e de imagem que uma dispensa implicaria:

20 BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações*. São Paulo: EDUC, 2003.

DOCTRINA

“Ele jamais é avisado de reuniões, a copeira ou os próprios colegas se esquecem de lhe servir o chá e o chefe raramente lhe dirige a palavra. Só o estritamente necessário lhe é dito para que ele não se esqueça que existe e que, por isso mesmo, se transformou num ‘estorvo no trabalho’.”²¹

O segundo caso paradigmático é extraído da jurisprudência brasileira. Verificou-se em algumas demandas a utilização da humilhação e constrangimento, como pretensas medidas motivadoras da mão-de-obra. A exigência de que o grupo de trabalhadores com menor produção pague “prendas” nas reuniões mensais de trabalho, como por exemplo, realizem flexões de braço, vistam fantasias, dancem em cima de mesas, ou recebam um troféu depreciativo (troféu tartaruga, troféu abacaxi, troféu pig), caracteriza efetivamente situações de assédio moral organizacional em que as represálias se apresentam como um elemento do duplo sistema de gratificação-sanção. É importante destacar que na mesma reunião em que se “pagam as prendas” são distribuídos os prêmios aos mais produtivos, reforçando a identificação entre as duas figuras.

Por fim, chama atenção o estudo de Leonardo Mello Silva (“Trabalho em grupo e sociabilidade privada”) sobre a indústria têxtil paulista em que se verifica a possibilidade de o próprio método toyotista de gestão de mão-de-obra propiciar o exercício do poder e da resistência em todos os sentidos e vetores dentro da hierarquia empresarial, inclusive horizontal. Como observou, Leonardo Silva a sobrecarga de trabalho e modulação da remuneração rompe os laços de solidariedade entre os membros da equipe, que são impulsionados a seguir o trabalho a despeito da dificuldade alheia²². Nesse cenário, o grupo facilmente chega a hostilizar qualquer integrante com dificuldades pessoais comprometedoras da produção.

A finalidade básica extraída das práticas de assédio moral no trabalho acima mencionadas é instrumental, qual seja a promoção do envolvimento subjetivo dos trabalhadores às regras da administração, pressionando-os à resignação aos parâmetros da empresa e excluindo aqueles com o “perfil inadequado”. A docilização e padronização do comportamento de todo grupo de trabalho obtidas pela sanção imputada aos “diferentes” se difunde em todos os níveis da organização por intermédio do exemplo, saneando o espaço

21 HELOANI, Roberto. *Gestão e organização no capitalismo globalizado*. História da manipulação psicológica no mundo do trabalho. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, p. 161.

22 SILVA, Leonardo Mello. *Trabalho em grupo e sociabilidade privada*. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2004, p. 247.

empresarial. Há casos inclusive em que a repercussão do exemplo extrapola o espaço de trabalho e atinge o trabalhador em seu meio social ou familiar, como no caso de empregados menos produtivos que foram obrigados a levar um bode para casa, alimentá-lo e mantê-lo vivo.

A utilização da humilhação e constrangimento como instrumentos de disciplina em estabelecimentos disciplinares, como escolas, quartéis, fábricas e prisões, foi denunciada por Michel Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, sob a denominação de sanção normalizadora. Na empresa contemporânea, essa prática abusiva tem sido utilizada de forma mais sofisticada e sutil, como mais um dos instrumentos de controle da subjetividade dos trabalhadores. Pelo temor da humilhação ou o medo do ridículo, os trabalhadores são impulsionados a produzir mais e se calar diante de irregularidades (ausência de emissão de CAT – documento necessário ao afastamento por doença, desvios de função).

Chantal Leclerc, professora canadense, ao destacar estudos sobre as relações entre certos tipos de organização do trabalho e assédio, afirma que o assédio psicológico no trabalho pode ser compreendido “como o sintoma ou indicador de uma violência instituída que visa à desestabilização psicológica dos indivíduos e a destruição dos colectivos de trabalho, a fim de impor uma lógica organizacional onde os interesses do capital prevalecem sobre qualquer outra consideração humana”²³. A nosso ver, contudo, nos quadros acima descritos, mais do que “sintomas” ou “indicadores”, evidencia-se a utilização instrumental pela própria organização das humilhações e constrangimentos impingidos às vítimas.

Importante destacar também que a organização produtiva não visa apenas o lucro, pois o assédio pode ser desencadeado simplesmente porque o trabalhador não se apresenta suficientemente engajado com a cultura empresarial. Christophe Dejours²⁴ descreve o quadro antecedente ao suicídio de uma executiva francesa que, após 10 anos de empresa, postulou reduzir sua jornada a tempo parcial em razão da adoção de uma criança. Na análise da situação destaca que em nenhum momento caiu a qualidade do trabalho executado pela Senhora V. B., mas que as represálias decorreram do fato de ela não ter se mostrado submissa o suficiente.

Estabelecidos os contornos e extensão do assédio moral organizacional, propugnamos sua conceituação como a prática sistemática, reiterada e frequente

23 LECLERC, Chantal. Obra citada, p. 65.

24 DEJOURS, Christophe. Nouvelles formes de servitude et suicide. In: *Travailler*, n. 13, 2005, p. 53/73.

DOCTRINA

de variadas condutas abusivas, sutis ou explícitas contra uma ou mais vítimas, dentro do ambiente de trabalho, que, por meio do constrangimento e humilhação, visa controlar a subjetividade dos trabalhadores. O controle da subjetividade abrange desde a anuência a regras implícitas ou explícitas da organização, como o cumprimento de metas, tempo de uso do banheiro, método de trabalho, até a ocultação de medidas ilícitas, como sonegação de direitos (registro em Carteira de Trabalho, horas extras, estabilidade no emprego) ou o uso da corrupção e poluição pela empresa. Essa prática resulta na ofensa aos direitos fundamentais dos trabalhadores, podendo inclusive resultar em danos morais, físicos e psíquicos.

IV – CONCLUSÃO

A identificação do assédio moral organizacional, em que o assédio individual nada mais é que uma expressão parcial, rompe o tratamento psicológico do problema e devolve a discussão sobre as condições de trabalho e os mecanismos de gestão de mão-de-obra aos espaços coletivos. A sua visualização explica a inércia dos setores internos da empresa diante das denúncias individuais e a desconfiança dos trabalhadores em relação a esses órgãos. Permite-nos também averiguar a eficácia dos mecanismos internos de prevenção difundidos no mundo, tais como: códigos de ética, observatórios de violência, cursos de autodefesa para trabalhadores e a mediação.

Mais uma vez nos valem da experiência da professora canadense Chantal Leclerc:

“Sem negar a utilidade das formas de intervenção que se desenvolvem actualmente nas empresas, importa reconhecer os limites das intervenções de natureza essencialmente psicológica e jurídica que são frequentemente privilegiadas. Por um lado, elas correm o risco de ocultar as dimensões colectivas e organizacionais da questão, fazendo transportar sobre os indivíduos ditos ‘frágeis’ ou ‘maliciosos’ todo o peso dos problemas de violência psicológica em meio de trabalho. [...] A análise de testemunhos ouvidos revela que o assédio tem quase sempre origem na organização. Em consequência, uma luta eficaz contra esta forma de violência não se reduziria a intervenções que se fizessem à margem dos lugares concretos do trabalho”.²⁵

25 LECLERC, Chantal. Obra citada, p. 76/77.

Notas e Comentários

POSSE DAS MINISTRAS MARIA DE ASSIS CALISING E DORA MARIA DA COSTA

Em 14 de junho, o TST realizou sessão solene para ratificar a posse das Ministras Maria de Assis Calising e Dora Maria da Costa.

Maria de Assis Calising nasceu em Juiz de Fora (MG). Bacharelou-se em Direito pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília – CEUB (1978) e é mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (1982). Começou a carreira jurídica como advogada, em 1979, e depois foi assessora jurídica do Ministério das Relações Exteriores, de onde saiu para assumir o cargo de Juíza do Trabalho Substituta, no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, em 1984. Como juíza substituta, atuou em Brasília, Goiânia, Cuiabá e Campo Grande. Foi Juíza Presidente da 3ª Vara do Trabalho de Goiânia, da 4ª e da 9ª Varas do Trabalho de Brasília. Em janeiro de 1993, tomou posse como Juíza do TRT da 10ª Região, e nesse Regional exerceu diversos cargos, tendo presidido a Corte no biênio 1996/1998. Desde outubro de 1998, esteve convocada para o TST, em períodos descontínuos, até tomar posse como Ministra.

Dora Maria da Costa nasceu em Dolores do Indaiá (MG), e formou-se em Direito em 1979 pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, com especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal de Goiás. Ingressou na Justiça do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais), por concurso público, como auxiliar judiciário, em 1979, sendo promovida a técnico judiciário. Como servidora, foi assessora de juiz e diretora do Serviço de Documentação, Legislação e Jurisprudência. Em 1987, ingressou na magistratura trabalhista como Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal/Tocantins). Entre 1988 e 2002, presidiu Varas do Trabalho da 10ª e da 18ª Regiões, até ser promovida a Juíza do TRT da 18ª Região (Goiás) – órgão que presidiu no biênio 2005/2007. Em 2003 e 2004, atuou como juíza convocada no TST, ao qual retornou em março de 2007 como juíza substituta na vaga aberta com a aposentadoria do Ministro Ronaldo Lopes Leal. Em maio de 2007, foi empossada como Ministra do TST, em vaga destinada à carreira da magistratura, onde passou a integrar a Primeira Turma.

Jurisprudência

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. SUPERMERCADO QUE VEDA A EX-EMPREGADOS O EXERCÍCIO DO TRABALHO DE DEMONSTRADORES, DEGUSTADORES OU PROMOTORES DE VENDAS DE OUTRAS EMPRESAS EM SEUS ESTABELECIMENTOS. 1. Ação civil pública com o intuito de obstar que a ré vede a seus ex-empregados o exercício de atividades de demonstradores, degustadores ou promotores de vendas de outras empresas em seus estabelecimentos. 2. A legitimidade do Ministério Público, para o caso, enquanto guardião dos interesses sociais e titular de ação civil pública em ordem a provocar a tutela jurisdicional coletiva, encontra expressa proteção nos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal. A iniciativa, no momento em que se quer coibir prática ilícita em ambiente específico de relação de emprego (CF, art. 114), dá máxima efetividade ao objetivo fundamental republicano de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV). 3. O comportamento apurado ofende a ordem constitucional, no que protege a igualdade material (CF, art. 5º, caput) e quando assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (CF, art. 5º, XIII). Cuida-se de prática que, por um lado, estabelece padrão ilícito de discriminação entre aqueles que podem ou não trabalhar nas dependências da empresa, e, por outro, obsta o exercício do trabalho por parte de ex-empregados: tem-se discriminação direta, calcada em razões manifestamente arbitrárias. 4. O lastro constitucional e legal da decisão afasta a possibilidade de ofensa ao art. 5º, II, da Carta Magna. 5. Os arts. 818 da CLT e 333 do CPC, regentes da distribuição do ônus da prova, estão preservados, pois o julgado regional encontra manifesto apoio no acervo instrutório dos autos. 6. Recurso de revista que não encontra sustentação nas vias do art. 896 da CLT. - Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(Processo nº TST-AIRR-2748/2002-026-12-40 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2748/2002-026-12-40.9, em que é Agravante SONAE – Distribuição Brasil S.A. e Agravado Ministério Público do Trabalho da 12ª Região.

JURISPRUDÊNCIA

Pelo despacho recorrido, originário do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, denegou-se seguimento ao recurso de revista interposto pela Reclamada (fls. 107/109).

Inconformada, a Parte agrava de instrumento, sustentando, em resumo, que o recurso merece regular processamento (fls. 2/9).

Contraminuta a fls. 113/119 e contra-razões a fls. 120/123.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 82).

É o relatório.

VOTO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

MÉRITO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISCRIMINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. SUPERMERCADO QUE VEDA A EX-EMPREGADOS O EXERCÍCIO DO TRABALHO DE DEMONSTRADORES, DEGUSTADORES OU PROMOTORES DE VENDAS DE OUTRAS EMPRESAS EM SEUS ESTABELECIMENTOS

O 12º Regional manteve a r. sentença prolatada, quanto ao reconhecimento da prática de discriminação na Empresa e quanto à multa cominada.

Assim está posto o louvável acórdão:

“Prática discriminatória

Motivado pela análise do recurso ordinário RO-V 281/00 desta egrégia Corte, o Ministério Público do Trabalho instaurou Procedimento Investigatório nº 34/00, que se encontra anexado aos autos (fls. 15/125), para averiguação administrativa dos fatos ali suscitados.

Esse recurso originou-se do processo nº 3079/99, da 1ª Vara do Trabalho de Florianópolis, em que são partes Rita de Cássia Pires do Rosário e SONAE – Distribuição Brasil S.A., onde a autora postula indenização por danos morais, em razão de a ré estar obstando o exercício

JURISPRUDÊNCIA

de suas novas atividades laborais (degustadora) em seus estabelecimentos comerciais, causando-lhe constrangimentos e riscos de não poder se manter empregada.

Por meio desse processo, o *Parquet* laboral tomou conhecimento da prática generalizada da empresa ora recorrente no que tange a negar acesso de ex-empregados que laboram para terceiros aos seus supermercados, na demonstração ou degustação de produtos e que tenham movido ação trabalhista contra ela.

O relatório final do procedimento administrativo acima informado (fls. 124/125) opinou pelo ajuizamento da presente ação civil pública contra SONAE – Distribuição Brasil S.A., visando à prevenção de futuras lesões a direitos trabalhistas e constitucionais, em face do convencimento da efetiva ocorrência da prática generalizada das discriminações já descritas e pela negativa desta empresa em assinar o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta proposto pelo *Parquet* laboral (termos de audiência de fls. 102/103 e 106).

Como suporte das acusações formuladas na exordial, o Ministério Público do Trabalho expõe os seguintes fatos:

- a) a própria empresa SONAE ter admitido a imposição de restrições quanto à prestação de serviços da ex-empregada Sra. Rita dentro de suas dependências, por ser um direito da empresa, enquanto proprietária do estabelecimento (fl. 47);
- b) a condenação da SONAE ao pagamento dos danos morais postulados no processo nº 3079/99, cuja autora é a Sra. Rita (comprovada pela sentença do processo 3079/99 juntada aos autos às fls. 66/70), e a confirmação desta indenização pelo Tribunal em sede recursal (acórdão fls. 176/186);
- c) a informação prestada pelo Sindicato dos empregados no Comércio de Florianópolis, na pessoa do presidente e confirmada posteriormente pelo diretor da mesma instituição de que a Sra. Rita, além de dois outros funcionários, tenham procurado o ente sindical para fazerem a mesma reclamação de discriminação, consoante fls. 99 e 111.

Plena razão lhe assiste.

Emana das informações produzidas pelo Ministério Público trabalhista acima aludidas a efetiva prática de discriminação por parte da empresa SONAE.

JURISPRUDÊNCIA

Esta, por sua vez, muito embora tenha trazido vários documentos de ex-empregados (fls. 235/275) que trabalham como demonstradores ou promotores de vendas em suas dependências, não logrou êxito em desconstituir ou apresentar fatos impeditivos ou modificativos da acusação declinada na inicial.

Não impressiona o receio exposto pela SONAE de permitir que ex-empregados laborem em suas dependências como promotores de venda ou demonstradores em face do risco de propositura de ação trabalhista com pedido de vínculo empregatício. Se a situação ocorrer, lhe estará assegurado o direito ao devido processo legal e à ampla defesa.

A negativa de assinatura de compromisso de ajuste de conduta pelo motivo de poderem os ex-empregados valer-se da multa pactuada no termo, extrapolando seus limites (atuando de forma agressiva ou desrespeitosa), também não se sustenta, haja vista que a destinação da multa, em caso de descumprimento do pactuado, é para o FAT.

Salta aos olhos que a prática de atos pela ex-empregadora que visem a impedir ex-contratados de trabalhar nas suas dependências, sob a condição de empregados de terceiros prestadores de serviço, tenham ou não ajuizado ação trabalhista contra a empresa, afronta acintosamente as garantias constitucionais do livre exercício do trabalho e do direito de ação, dispostas, respectivamente, nos incisos XIII e XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Tais incisos apregoam que: *é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer e que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.*

Estas garantias correspondem a direitos fundamentais do ser humano e do cidadão, como trabalhador. O livre exercício do trabalho, em face de sua enorme importância, também se encontra sob a égide da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (em vigor desde 15 de julho de 1960).

Vejamos.

Dispõe o § 1º do art. 23 da Declaração dos Direitos Humanos: *Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.* (grifo meu)

JURISPRUDÊNCIA

Por sua vez, a supracitada Convenção nº 111 da OIT, preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento, conforme exsuda de seu art. 1º:

“Artigo 1º. 1. Para os fins desta Convenção, o termo ‘discriminação’ compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo País-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados.

Relativamente ao *quantum* da multa, entendo ser um valor razoável, considerado o porte econômico-financeiro da recorrente, e que estimulará a abstenção da prática de atos discriminatórios.

Pelos motivos acima expostos, nego provimento ao recurso, mantendo a condenação proferida pelo juízo *a quo*, inclusive no que tange ao valor da multa de R\$ 15.000,00 por empregado discriminado ou que tenha sofrido constrangimento ilegal no exercício de suas funções dentro dos estabelecimentos comerciais da demandada-recorrente.” (fls. 91/95)

Em recurso de revista (fls. 99/106), a Ré sustenta que a decisão lhe imputa obrigação sem lastro legal, de forma a afrontar o art. 5º, inciso II, da Carta Magna. Diz descabida a intervenção do Ministério Público do Trabalho, na medida em que o ordenamento civil e penal já protegem a situação jurídica, não sendo necessária a multa imposta. Ainda crê vulnerados os arts. 818 da CLT e 333 do CPC, pois o Ministério Público não produziu provas de suas alegações.

Com o trancamento do recurso pela Presidência do Eg. TRT de origem, agrava de instrumento a Empresa, reiterando seus fundamentos.

Cuida-se de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público do Trabalho, buscando a condenação da Ré a abster-se de impedir que empregados

JURISPRUDÊNCIA

de empresas outras exerçam atividades de demonstradores, degustadores ou promotores de vendas em seus estabelecimentos – supermercados. Acusa-se-a de impedir que os seus ex-empregados, quando contra ela mantêm reclamações trabalhistas, assim procedam.

A legitimidade do Ministério Público, para o caso, enquanto guardião dos interesses sociais e titular de ação civil pública em ordem a provocar a tutela jurisdicional coletiva, encontra expressa proteção nos arts. 127 e 129, III, da Constituição Federal.

A iniciativa do *Parquet*, no momento em que se quer coibir prática ilícita em ambiente específico de relação de emprego (CF, art. 114), dá máxima efetividade ao objetivo fundamental republicano de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF, art. 3º, IV).

Com atenção à base normativa constitucional, não se pode negar que, ao lado dos ordenamentos civil e penal, também o trabalhista dispõe do dever e de mecanismos para o combate à discriminação.

Extrai-se do quadro descrito pela Corte de origem que a própria Empresa externou seu receio de permitir que ex-empregados laborem em suas dependências, em face do risco de reclamações trabalhistas, com postulação de vínculo. Ainda revela o bem lançado acórdão que a Ré teme ser acionada pela imposição da multa decorrente de compromisso de ajuste de conduta.

A reiterada irresignação da Recorrente faz crer na efetividade do comportamento recriminado, de vez que, inócurre, nenhuma sanção sofreria ou sofrerá.

Ocorre que o meio eleito para a prevenção de seus temores efetivamente ofende a ordem constitucional, no que protege a igualdade material (CF, art. 5º, *caput*) e quando assegura ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (CF, art. 5º, XIII). A segunda garantia, na pena autorizada de José Afonso da Silva (“Comentário Contextual à Constituição”, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 108), não se restringe à escolha de trabalho, ofício ou profissão, mas “confere, igualmente, a liberdade de exercer o que fora escolhido”.

A prática adotada pela Ré, por um lado, estabelece padrão ilícito de discrimen entre aqueles que podem ou não trabalhar em suas dependências, e, por outro, obsta o exercício do trabalho por parte de seus ex-empregados, valendo-se ela, sinteticamente, da crença na má-fé. Concretiza discriminação direta, calcada em razões manifestamente arbitrárias.

JURISPRUDÊNCIA

Olvida a Empresa que, em contrapartida ao quanto diz, está a seu dispor o livre e permanente acesso ao Poder Judiciário, na via do inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna.

Tais ponderações – de pronto – espancam a afirmada violação do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal.

No que diz respeito aos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, regentes da distribuição do ônus da prova, melhor sorte não agraciará a Recorrente, na medida em que a decisão regional encontra manifesto apoio no acervo instrutório dos autos. Há expressa alusão às provas que dão alicerce ao julgado, sendo de todo irrelevante a iniciativa de cada qual, quando suficientes ao convencimento do órgão julgador (CPC, art. 131).

Por outro ângulo, é importante frisar que a intervenção da instância extraordinária há de se circunscrever ao quadro descrito pelo acórdão regional e às provocações das partes, ante a vocação do recurso de revista para a proteção imediata do direito objetivo, sendo apelo de fundamentação vinculada (Súmulas 126 e 297 do TST). O julgado do qual se recorre nega a afirmação da Agravante no sentido de haver produzido provas suficientes à sua absolvição, sendo ainda relevante o fato de não ter oposto embargos de declaração que a pudessem, depois, amparar.

Não subsistindo quaisquer das violações apontadas, está adequado o despacho que deteve o recurso de revista.

Em síntese e pelo exposto, conheço do agravo de instrumento e, no mérito, nego-lhe provimento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 25 de outubro de 2006. *Alberto Bresciani*, relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VALE-

JURISPRUDÊNCIA

ALIMENTAÇÃO. ASSÉDIO MORAL. DIFERENÇAS SALARIAIS. TABELA SALARIAL. Nega-se provimento ao agravo de instrumento que visava liberar recurso despido dos pressupostos de cabimento.

Agravo desprovido.

(Processo nº TST-AIRR-1292/2003-057-03-40 – Ac. 2ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1.292/2003-057-03-40.8, em que são Agravantes Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte – SENAT e Outro e é Agravado Deusdete de Oliveira Campos.

Agravam do r. despacho de fls. 198, originário do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região que denegou seguimento ao recurso de revista interposto, sustentando, em suas razões de agravo de fls. 03/18, que lograram demonstrar a existência de violação de preceitos constitucionais (arts. 5º, incisos LV, LIV e 93, inciso IX, da Constituição Federal), de leis federais (arts. 818 e 832 da Consolidação das Leis do Trabalho e 125, inciso I, 333 e 458 do Código de Processo Civil), contrariedade à Orientação Jurisprudencial nº 115 da SBDI-1 desta Corte, bem como divergência jurisprudencial. Instrumento às fls. 19/199. Contraminuta às fls. 201/202. Dispensado o parecer da d. Procuradoria-Geral, nos termos do art. 82, § 2º, item II, do Regimento Interno do TST. Relatados.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

1 – NULIDADE DA SENTENÇA – NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Insurgem-se os agravantes, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, sustentando que, apesar de o próprio Tribunal Regional ter admitido que houve negativa de prestação jurisdicional por parte do juízo de primeiro grau, asseverou que não era o caso de nulidade do julgado, em virtude do efeito devolutivo contido no recurso ordinário, que teria levado a discussão à apreciação do Colegiado. Alegam que, sendo incontroversa a ocorrência da negativa de prestação jurisdicional, a

JURISPRUDÊNCIA

qual, foi, inclusive, admitida pelo Tribunal Regional, imperiosa se torna a nulidade da sentença, para que o juízo de primeiro grau aprecie, como deveria ter apreciado na oportunidade do proferimento da decisão, os fundamentos de defesa que lhe foram submetidos. Ressaltam que, visando sanar a omissão da sentença e suprir a negativa em tela, opuseram embargos de declaração, buscando pronunciamento do juízo de primeiro grau quanto às matérias referentes a “diferenças salariais a cargo do segundo reclamado/Senat” e “diferenças salariais a cargo do primeiro reclamado/Sest”, sem, no entanto, obter êxito. Asseveram que o Tribunal Regional incorreu em supressão de instância, visto que, sob o argumento de que poderia conhecer de matéria em virtude do efeito devolutivo do recurso ordinário, conheceu de matéria a qual não foi apreciada pela instância inferior. Esclarecem que o referido efeito, realmente, devolve ao Colegiado a apreciação de toda a matéria de defesa, mas não exime o juízo de primeiro grau de apreciar a defesa da parte, pois, caso contrário, estaria privando os litigantes de uma das instâncias judiciais, violando, assim, o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Em suas razões de revista, apontaram violação aos arts. 5º, incisos LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho e 458 do Código de Processo Civil. Colacionaram arestos.

Ao apreciar a questão atinente à preliminar de nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional, o Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região adotou tese do seguinte teor:

“Os reclamados suscitaram preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional e afirmaram que o Juízo de primeiro grau deixou de enfrentar algumas das questões abordadas na defesa, no tópico que trata das diferenças salariais.

Como se extrai das alegações contidas no próprio recurso, os reclamados vislumbravam a negativa de prestação jurisdicional em virtude da omissão a respeito de algumas das questões discutidas em relação ao pleito de diferenças salariais, o qual foi apreciado pelo Juízo. Se assim foi, ainda que o julgador *a quo* tenha deixado de enfrentar os dois temas apontados pelos recorrentes, é desnecessário determinar o retorno dos autos à origem para manifestação. Isto porque a matéria encontra-se abrangida pelo efeito devolutivo conferido ao recurso ordinário (art. 515, § 1º, do CPC – *Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro*).

Rejeito a arguição de nulidade da sentença.” (fls. 150)

JURISPRUDÊNCIA

E, em resposta aos embargos de declaração opostos, complementou:

“Como se infere de f. 711/712, os reclamados suscitaram preliminar de nulidade da sentença, por negativa de prestação jurisdicional. Alegaram que o Juízo de primeiro grau teria deixado de enfrentar a argumentação tecida no item VI da defesa, alusiva à previsão contida em norma regulamentar, a qual fixa um teto máximo para a remuneração de seus empregados e permite o pagamento de quantia inferior, mediante ajuste expresso, no ato da contratação.

Embora o julgador de origem tenha, de fato, deixado de enfrentar esse aspecto, de forma expressa, o que foi reconhecido pela E. Turma, rejeitou-se a arguição de nulidade. Isto porque a sentença contém manifestação sobre o pedido de diferenças salariais com a indicação clara das razões de decidir adotadas pelo Juízo *a quo*. Concluiu-se, por isso, que era desnecessário o retorno dos autos à origem para apreciação desse tópico, o qual estaria abrangido pelo efeito devolutivo conferido ao recurso ordinário.

Os reclamados questionam agora, nos embargos de declaração, se houve, ou não, negativa de prestação jurisdicional. A E. Turma já rejeitou essa preliminar, deixando claro que a nulidade não ocorreu. Se o pedido foi apreciado e o julgador apontou de forma clara as razões do seu convencimento, não há negativa de prestação jurisdicional. Não vejo, por isso, obscuridade a sanar quanto a esse tópico.

Vale acrescentar que esta E. Turma apreciou o pedido de diferenças salariais e enfrentou as questões discutidas na defesa, devolvidas a esta instância; daí porque não sustenta a nulidade reiterada pelos reclamados.” (fls. 159/160)

Destarte, não há que se falar em nulidade da sentença por negativa de prestação jurisdicional. É que o Tribunal Regional deixou claro que tal nulidade não ocorreu, visto que, apesar de o juízo de primeiro grau ter deixado de enfrentar determinada argumentação relativa ao pleito de diferenças salariais, o que foi realmente reconhecido pelo Colegiado, não se vislumbrou a nulidade em tela, tendo em vista que “a sentença contém manifestação sobre o pedido de diferenças salariais com a indicação clara das razões de decidir adotadas pelo Juízo *a quo*. Concluiu-se, por isso, que era desnecessário o retorno dos autos à origem para apreciação desse tópico, o qual estaria abrangido pelo efeito devolutivo conferido ao recurso ordinário”. Note-se que, “se o pedido foi apreciado e o julgador apontou de forma clara as razões do seu convencimento, não há negativa de prestação jurisdicional”.

JURISPRUDÊNCIA

Cumprе acrescentar que a omissão que ocasiona a negativa de prestação jurisdicional é aquela relativa à matéria sobre a qual deveria ter se pronunciado o juízo, não se configurando a sua ocorrência quanto aos argumentos das partes, dos quais não se faz necessária menção expressa na decisão para que se tenham por considerados no julgamento. O juiz não tem a obrigação de responder todas as alegações das partes quando já tenha motivada a sua decisão, nem se vincula aos fundamentos indicados por elas e tampouco se obriga a responder cada um de seus argumentos. O que se exige é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, o que, conforme anteriormente noticiado, foi feito no presente caso.

Note-se, aliás, que, no presente caso, o juiz decidiu com base nos limites da devolutividade do recurso, à luz do disposto no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil.

Exsurge-se nítido das razões dos embargos declaratórios que eles se revestiram de caráter infringente, porquanto foram utilizados com o propósito de questionar a correção do julgado e obter a alteração da decisão, voltando-se o inconformismo recursal, na verdade, contra a mensuração dada ao conjunto fático-probatório revelado nos autos.

Cumprе observar que há de se mostrar omissa a decisão, mesmo após a provocação da manifestação por intermédio de embargos declaratórios, para que reste demonstrada a negativa de prestação jurisdicional ensejadora do conhecimento do recurso de revista. Exegese do disposto no art. 535, inciso II, do CPC.

Não há, pois, que se falar em afronta aos arts. 93, inciso IX, da Constituição da República, 832 da Consolidação das Leis do Trabalho e 458 do Código de Processo Civil.

Assinalo, outrossim, que o entendimento pacífico desta Corte, cristalizado na Orientação Jurisprudencial de nº 115 da Eg. SDI, é o de que somente ensejam conhecimento, quanto à preliminar de nulidade por negativa da prestação jurisdicional, as arguições de violação dos arts. 832 da Consolidação das Leis do Trabalho, 93, IX, da Constituição Federal e/ou 458 do Código de Processo Civil, conforme os seguintes precedentes:

“RECURSO DE REVISTA OU DE EMBARGOS. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. (Nova redação, DJ 20.04.05). O conhecimento do recurso de revista ou de embargos, quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 458 do CPC ou

JURISPRUDÊNCIA

do art. 93, IX, da CF/88. EAIRR 201590/95, Ac. Julgado em 13.10.97 (art. 93, IX, CF/88), Min. Cnéa Moreira, decisão unânime; E-RR 170168/95, Ac. 3411/97, DJ 29.08.97 (art. 458, CPC), Min. Vantuil Abdala, decisão por maioria; E-RR 41425/91, Ac. 0654/95, DJ 26.05.95 (art. 458, CPC), Min. Vantuil Abdala, decisão unânime”.

Desta feita, o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal não se ajusta, pois, ao fim colimado.

Também não prospera a alegação de dissenso pretoriano, pois a negativa de prestação jurisdicional há de ser efetivamente demonstrada no caso concreto.

Nego provimento.

2 – VALE-ALIMENTAÇÃO

Insurgem-se os agravantes, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, sustentando que o objetivo do benefício em tela é permitir ao empregado que se alimente durante sua jornada de trabalho, motivo pelo qual detém natureza indenizatória. Em suas razões de revista, colacionaram aresto.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, analisando o recurso ordinário interposto pelo reclamante, no que se refere à questão da integração do vale-alimentação, deixou consignado, *in verbis*:

“O reclamante alega, na inicial, que recebia vale-alimentação no total mensal de R\$ 211,20. Postulou a integração da verba à sua remuneração, invocando em seu favor o art. 458 da CLT e o Enunciado 241 do TST.

O Juízo de primeiro grau indeferiu o pleito, porque o custo dessa vantagem era compartilhado e o autor sofria descontos do percentual que lhe cabia.

A leitura da defesa mostra que os reclamados não impugnaram o valor do benefício. A par desse fato, as quantias descontadas, embora variáveis, giravam em torno de R\$ 20,00, independentemente do valor do salário. O autor concorria, portanto, com menos de 10% do valor do vale-alimentação, cuja concessão não era prevista em norma coletiva. Tampouco existia norma convencional atribuindo à parcela fornecida pelos reclamados natureza indenizatória. Em consequência, considero que a hipótese dos autos atrai a incidência do Enunciado 241 do TST, havendo de ser deduzida, apenas, a quantia descontada do reclamante.

JURISPRUDÊNCIA

Procedem os reflexos sobre férias, 13º salário, FGTS e verbas rescisórias, a serem apurados consoante os valores efetivamente pagos pelos reclamados.

Confira-se, a seguir, o entendimento do C. TST:

(...)

Modifico a r. sentença para deferir as diferenças correspondentes à integração do vale-alimentação na remuneração do autor, nos termos da fundamentação.” (fls. 148/150)

Destarte, não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que a decisão transcrita às fls. 186 das razões de revista é inservível à demonstração do dissenso, porque não indica sua fonte oficial de publicação ou repositório jurisprudencial de que foi extraída. Aplicabilidade do item I da Súmula/TST nº 337.

Nego provimento.

3 – ASSÉDIO MORAL

Insurgem-se os agravantes, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, sustentando que o Tribunal Regional considerou a prova testemunhal de forma parcial, observando apenas os pontos que favorecem o agravado, descartando por completo o que foi favorável aos reclamados. Ressaltam que não pretendem revolver fatos e provas, mas sim demonstrar que o entendimento emitido pelo Colegiado violou o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, bem como o princípio da igualdade das partes. Alegam que na apreciação do primeiro requisito caracterizador do assédio moral: “intensidade da violência psicológica”, o Tribunal Regional não levou em conta as afirmações contidas nos depoimentos testemunhais que corroboram sua tese recursal, apenas valorando a parte dos depoimentos que beneficiam a reclamante. Asseveram que o Colegiado não foi imparcial na análise dos depoimentos testemunhais e que sua conduta violou o disposto no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que impõe ao julgador tratar as partes de forma igualitária. Aduzem que o Tribunal *a quo* “protegeu o agravado, utilizando-se inclusive de fundamentos completamente contraditórios na tentativa de justificar a decisão”. Alegam que, não constatado o primeiro requisito, não há como se falar em constatação de sua propagação no tempo, segundo requisito caracterizador do assédio moral. Asseveram que o terceiro requisito: “dano psíquico ocasionado ao trabalhador” não restou demonstrado, tendo em vista que é inadmissível que uma condenação decorrente de assédio

JURISPRUDÊNCIA

moral seja baseada apenas em declarações prestadas pela própria parte interessada. Acrescentam que, levando em consideração as informações prestadas pelas próprias partes, dúvida não resta quanto à postura indisciplinada do autor, que também não foi observada pelo Colegiado. Sustentam que, no que concerne ao quarto e último requisito caracterizador do assédio moral, que diz respeito à efetiva ocorrência dos danos psíquicos, competia ao reclamante comprovar a existência de nexo de causalidade entre a moléstia contraída e o trabalho prestado junto aos agravantes, o que somente seria possível através da realização de uma perícia médica. Saliendam que a verificação de tal nexo de causalidade não pode ser baseada apenas em suposições. Asseveram que, para configuração do assédio moral, é imprescindível a ocorrência dos quatro requisitos supracitados, ocorrência esta que, no presente caso, não se apresentou de forma robusta e consistente. Em suas razões de revista, apontaram violação aos arts. 5º, LV, da Constituição Federal, 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 125, inciso I, 145 e 333 do Código de Processo Civil.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, analisando a questão referente ao dano moral, deixou consignado, *in verbis*:

“O reclamante postulou o pagamento de indenização por dano moral, no importe de R\$ 150.000,00 e alega ter sido vítima de assédio moral, praticado por sua superiora hierárquica, diretora do SEST/SENAT. De acordo com o autor, as agressões se mostraram em atitudes como a mudança de sala, restrição às suas saídas, proibição do uso de telefone e computador.

Ao prestar depoimento pessoal (f. 653), o autor afirmou que desde a sua admissão foi perseguido pela Sra. Janaína, pois ela sempre falava mal de sua pessoa. Acrescentou que, após ser promovida a diretora, a Sra. Janaína assumiu uma conduta mais acintosa. De acordo com o reclamante, em dezembro de 2002, essa diretora destinou-lhe outro lugar para trabalhar, localizado na recepção. Tratava-se de sala muito menor que a anterior e sem os equipamentos necessários ao desenvolvimento de suas atribuições (computador com acesso à Internet, sistema de gravação de vídeo, TV, videoteca e telefone). O reclamante sustenta que, nessa mesma época, foi-lhe proibido o acesso ao telefone e à Internet. Afirmou, ainda, que posteriormente foi determinado que ele trabalhasse em outro local, quando lhe foram retiradas todas as condições técnicas de cumprir suas tarefas. O obreiro sustentou, por fim, que no dia 18.07.03 recebeu uma advertência da diretora, sob a alegação de que a havia ofendido. Acrescenta que, a partir desse dia, foi-lhe negado qualquer tipo de trabalho e retirada sua sala. O autor esclareceu, ainda, que esteve

JURISPRUDÊNCIA

afastado, em gozo de licença médica, do dia 21.07.03 até 19.11.03, quando foi dispensado.

O preposto, em seu depoimento pessoal (f. 654), afirmou que a diretora, Sra. Janaína, sempre se comportou com muita lisura e toda iniciativa que tomou contava com o respaldo legal. Mencionou que a dispensa do reclamante estava definida antes mesmo do encerramento da licença médica e sustentou que os problemas do autor com a diretora decorriam do fato de este último não cumprir suas ordens e contestar suas decisões, além de manter postura pouco educada perante ela. Acrescentou desconhecer o fato de ter sido alterada a sala de trabalho do autor e afirmou que os equipamentos foram retirados porque a diretora teria perdido a confiança no reclamante.

Considero necessário, inicialmente, discorrer sobre a caracterização do assédio moral.

De início, os doutrinadores o definiam como ‘a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego’ (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada *Mobbing: Emotional ‘Abuse in The American Work Place’*). O conceito é criticado por ser muito rigoroso.

Hoje é sabido que esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas vice-versa, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência.

Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois *o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima.*

Feitas essas considerações, passo ao exame dos fatos narrados nos autos, confrontando-os com elementos caracterizadores do assédio

JURISPRUDÊNCIA

moral. Acentuo que o conceito jurídico deste fenômeno é difícil de ser elaborado em face de seus difusos perfis. Assim é que alguns doutrinadores enfatizam no conceito o dano psíquico acarretado à vítima em face da violência psicológica descrita. Outros destacam a situação vexatória e o dano à imagem que o assédio moral provoca. Saliente-se, entretanto, que há elementos em torno dos quais a doutrina e a jurisprudência estão em consonância como caracterizadores do assédio moral. São eles:

- a) a intensidade da violência psicológica. É necessário que ela seja grave na concepção objetiva de uma pessoa normal. Não deve ser avaliada sob a percepção subjetiva e particular do afetado, que poderá viver com muita ansiedade situações que objetivamente não possuem a gravidade capaz de justificar esse estado de alma. Nessas situações, a patologia estaria mais vinculada com a própria personalidade da vítima do que com a hostilidade no local de trabalho (GARCIA CALLEJO, José Maria. *Protección jurídica contra el acoso moral em el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. Madrid: Gráficas de Diego, 2003, p. 43.).

No caso em tela, as testemunhas ouvidas às f. 654/656 confirmaram o assédio sob este prisma.

A primeira testemunha, Edvar (f. 654), afirmou que a Sra. Janaína sempre perseguiu o reclamante e perguntava a ele, depoente, o horário de chegada do autor, além de fiscalizar se ele avisava quando saía durante a jornada. Observo que o autor trabalhava como agente multiplicador e competia a ele organizar eventos promovidos pelos reclamados, coordenar e divulgar cursos, além de angariar parcerias com empresas (f. 133/136). A execução dessas atribuições, logicamente, exigia o uso de telefone, Internet e saídas frequentes, pois o autor mantinha contato com a comunidade em geral. Não há evidência de que os reclamados exigissem registro de jornada, daí porque o controle da atividade desenvolvida se fazia mais pela avaliação dos resultados. Nesse contexto, a fiscalização de horário exercida pela diretora, conforme informação da primeira testemunha, era desnecessária e reforça a conclusão de que havia, realmente, uma implicância da primeira para com o reclamante. A informação evidencia, inclusive, uma agressão dissimulada, pois a diretora não se dirigia diretamente ao reclamante, mas fiscalizava-o desnecessariamente e questionava outros empregados sobre seu comportamento.

JURISPRUDÊNCIA

A segunda testemunha, Elias (f. 655), prestou informações similares e sustentou que a diretora Janaína implicava com o reclamante. Além disso, essa testemunha informou que o autor, inicialmente, trabalhava em uma sala ampla, dotada de sistema de gravação de vídeo, computador, etc., mas teve alterado seu posto de trabalho, passando a ocupar um pequeno espaço localizado na portaria. A testemunha acrescentou que, após a mudança de sala, o reclamante continuou a usar o espaço antigo, quando necessitava utilizar os equipamentos. A meu ver, essa alteração também consubstancia perseguição. Como se infere desse depoimento, a mudança de sala não tinha uma finalidade prática, pois o autor continuou a executar suas atribuições na antiga sala, ou seja, deveria deslocar-se do seu novo posto até onde se encontrava o equipamento para executar grande parte de suas atribuições. E não há prova de que a mudança fosse realmente necessária.

A testemunha Marisa (f. 655/656), por sua vez, afirmou que a ‘*Sra. Janaína tratava o reclamante de forma desrespeitosa, falando mal do mesmo pelos corredores, dizendo que o reclamante era incompetente, não trabalhava; ...*’. Esse depoimento revela, portanto, que a diretora tecia considerações desrespeitosas contra o reclamante, sem que este tivesse a chance de defender-se. Também esta atitude revela o assédio moral e demonstra claramente a pressão psicológica exercida sobre o obreiro.

Não bastassem essas informações, o próprio preposto admitiu, em juízo, que a diretora realmente veio a retirar os equipamentos de trabalho do reclamante, ou seja, privou-o dos instrumentos necessários à execução de sua atividade profissional (computador, telefone e aparelhos de gravação de vídeo). A justificativa de que a diretora teria perdido a confiança no autor não se sustenta. Se houve perda da confiança, a alternativa seria a dispensa do autor. A diretora, contudo, não tomou essa atitude, optando por submeter o reclamante a uma situação vexatória, quando o impediu de trabalhar.

A prova encontrada nos autos confirmou, portanto, a agressão psicológica grave e intensa.

- b) o prolongamento no tempo, pois episódio esporádico não o caracteriza; mister o caráter permanente dos atos capazes de produzir o objetivo.

As testemunhas afirmaram que a Sra. Janaína *sempre* implicava com o autor, sendo que os piores confrontos tiveram início a partir da

JURISPRUDÊNCIA

sua mudança de sala, em dezembro de 2002. Essa informação é corroborada pela segunda testemunha, Elias, o qual afirmou que, ao retornar ao emprego, em fevereiro de 2003, encontrou o autor trabalhando em uma sala diferente e menor. É razoável crer, portanto, que os atos de perseguição mais evidentes, percebidos pelas testemunhas, cobriram o período transcorrido entre dezembro de 2002 e meados de julho de 2003, ou seja, mais ou menos sete meses, lapso suficiente para caracterizar esse segundo aspecto.

- c) outro elemento do assédio moral é que tenha por fim ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho.

A diretora Janaína questionava abertamente a capacidade profissional do autor, conforme afirmava a testemunha Marisa (f. 655/656). Todos os depoimentos revelam que o reclamante mostrava-se acuado dentro da empresa e dizia não possuir mais condições de trabalhar. Logo, também esse elemento está comprovado.

- d) O último elemento diz respeito à efetiva ocorrência dos danos psíquicos. Esse danos se revestem de índole patológica. Constituem, portanto, uma enfermidade que pressupõe diagnóstico clínico. Deverá provar-se. O dano psíquico poderá ser permanente ou transitório. Ele se configura quando a personalidade da vítima é alterada e seu equilíbrio emocional sofre perturbações, que se exteriorizam por meio de depressão, bloqueio, inibições, etc. Estes estados devem guardar um nexo de causalidade com o fato danoso. Poderá ocorrer de esse fato não gerar o desequilíbrio emocional, mas agravá-lo. Nessa última hipótese, aplica-se a concausa e o responsável responde pelo agravamento (GHERSI. Op. cit., p. 206 e 207. O autor se baseia em Zavala de González. Ressarcimento de danos, tomo II, p. 193 e notas de jurisprudência).

No caso em tela, há evidência segura do dano psíquico. O reclamante, a partir de 21.07.03, obteve alguns afastamentos (f. 51/53) e teve diagnosticadas, em 07.08.03, síndrome do pânico e depressão (f. 59), moléstias que acabaram reconhecidas pelo INSS, o qual concedeu auxílio-doença (f. 48). A manifestação da doença logo em seguida aos fatos relatados pelas testemunhas não deixa dúvida quanto à relação de causalidade desta com as agressões sofridas no ambiente de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA

Percebe-se, portanto, do conjunto probatório, que o assédio iniciou-se de forma sutil, desde que Janaína começou a trabalhar com o reclamante, com pequenas implicâncias e maledicência. Evoluiu para procedimento mais concreto quando a diretora transferiu o autor de sala e culminou com a retirada dos instrumentos de trabalho. A meu ver, todos esses elementos revelam agressão psicológica intensa, que se repetiu ao longo de um período considerável, e era clara a intenção da diretora de compelir o autor a demitir-se. Em conseqüência, não resta dúvida quanto à caracterização do assédio moral, porque comprovados os elementos conceituais referidos acima.

Saliento que o Juízo de primeiro grau concluiu não só pela ausência do assédio moral, mas também pela ‘aguerrida luta’ que o autor travava com o fim de depor sua opositora. Na verdade, o reclamante tentava defender-se das investidas relatadas acima. Primeiramente, procurou a DRT, solicitando sua interseção para resolver o impasse advindo da retirada de seu equipamento de trabalho (f. 54/58), mas nada resultou da reunião perante esse órgão administrativo. Na mesma ocasião, o reclamante enviou correspondência aos dirigentes dos reclamados (f. 89/92) pedindo providências. Não se nota nesses documentos a intenção de depor a diretora, mas apenas defesa contra o ato arbitrário desta.

Os demais documentos mostram que o SENALBA tentou angariar simpatia para a causa do reclamante, acionando a Câmara Municipal, a Imprensa e alguns políticos, mas essas manifestações não podem ser creditadas ao reclamante. Logo, *data venia* do entendimento contido na r. sentença, não vislumbro ofensa praticada pelo autor.

A prova dos autos confirmou, portanto, o dano advindo do assédio moral, tornando-se necessário quantificar a reparação devida.

O reclamante, conforme se acentuou, reivindicou o pagamento de R\$ 150.000,00, quantia excessiva a meu ver. Entendo que a mais grave conseqüência da violência psicológica sofrida pelo autor foi o dano psíquico, cujos sintomas se fizeram sentir aproximadamente de julho a novembro. Ao que tudo indica, o reclamante, atualmente, está curado e trabalhando para outra entidade similar, conforme ele próprio esclareceu em seu depoimento pessoal (f. 653). Considero razoável deferir-lhe a importância de R\$ 8.000,00, quantia que corresponde a aproximadamente meio salário por mês, multiplicado pelo número de meses ao longo dos quais ocorreram as agressões.

JURISPRUDÊNCIA

Modifico a r. sentença, quanto a este tópico, para incluir na condenação a reparação do dano advindo do assédio moral, no importe de R\$ 8.000,00.” (fls. 141/146)

Destarte, não prospera a alegação de violação aos arts. 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 125, inciso I e 145, inciso I, do Código de Processo Civil. É que, a par dos contornos nitidamente fático-probatórios que envolvem a questão relativa à configuração dos elementos que caracterizam o assédio moral, e que inviabilizam o seguimento do recurso de revista, na forma preconizada pela Súmula/TST nº 126, o Tribunal Regional verificou, com base no conjunto probatório dos autos, em especial, nos depoimentos testemunhais, a existência de todos os elementos caracterizadores do assédio moral, tendo em vista que “o assédio iniciou-se de forma sutil, desde que Janaína começou a trabalhar com o reclamante, com pequenas implicâncias e maledicência. Evoluiu para procedimento mais concreto quando a diretora transferiu o autor de sala e culminou com a retirada dos instrumentos de trabalho. A meu ver, todos esses elementos revelam agressão psicológica intensa, que se repetiu ao longo de um período considerável, e era clara a intenção da diretora de compelir o autor a demitir-se”.

Note-se que o primeiro elemento: a intensidade da violência psicológica, restou demonstrado, tendo em vista que o Colegiado, por meio de prova testemunhal, verificou que a agente causadora do assédio moral tecia considerações desrespeitosas contra o reclamante, bem como implicava com o obreiro, chegando a retirar seus instrumentos de trabalho e a transferi-lo de sala, sem qualquer finalidade prática, visto que o autor precisava se dirigir “até onde se encontrava o equipamento para executar grande parte de suas atribuições”. No que concerne ao segundo elemento analisado, ou seja, o prolongamento no tempo, o Colegiado constatou que “os atos de perseguição mais evidentes, percebidos pelas testemunhas, cobriram o período transcorrido entre dezembro de 2002 e meados de julho de 2003, ou seja, mais ou menos sete meses, lapso suficiente para caracterizar esse segundo aspecto”. Quanto ao terceiro elemento (a finalidade de ocasionar um dano psíquico ou moral ao empregado para marginalizá-lo no seu ambiente de trabalho), o Tribunal *a quo* entendeu que este restou comprovado, porquanto “a diretora Janaína questionava abertamente a capacidade profissional do autor, conforme afirmava a testemunha Marisa (f. 655/656)”, além do que “todos os depoimentos revelam que o reclamante mostrava-se acuado dentro da empresa e dizia não possuir mais condições de trabalhar”. Por fim, a efetiva ocorrência dos danos psíquicos, quarto e último elemento, foi evidenciada, tendo em vista que o Colegiado asseverou que “o reclamante, a partir de 21.07.03, obteve alguns afastamentos

JURISPRUDÊNCIA

(f. 51/53) e teve diagnosticadas, em 07.08.03, síndrome do pânico e depressão (f. 59), moléstias que acabaram reconhecidas pelo INSS, o qual concedeu auxílio-doença (f. 48)” e concluiu que “a manifestação da doença logo em seguida aos fatos relatados pelas testemunhas não deixa dúvida quanto à relação de causalidade desta com as agressões sofridas no ambiente de trabalho”.

Por conseguinte, ao deferir a indenização decorrente de danos morais, ante a verificação da ocorrência de todos os elementos caracterizadores do assédio moral, o Tribunal Regional deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido nos arts. 5º, X, da Constituição Federal e 159 do Código Civil. Ademais, decidiu com base no disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, posto que sua conclusão decorreu da aplicação do princípio da persuasão racional. Cumpre observar que não mais vigora o sistema da prova legal, onde o valor das provas era tarifado. No sistema atual, é livre a apreciação e valoração das provas, bastando que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias constantes dos autos e indique os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ademais, não prospera a alegação de afronta aos arts. 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil, visto que, a par da discussão acerca da distribuição do ônus probatório, o Tribunal Regional, embasado nas provas constantes dos autos, concluiu que houve dano moral, pois verificada a ocorrência de todos os elementos caracterizadores do assédio moral. Assim, por se tratar da aplicação do ônus objetivo da prova, resta despicienda a discussão acerca do ônus subjetivo, pelo que não há que se falar em ofensa aos dispositivos legais supracitados.

Nego provimento.

4 – DIFERENÇAS SALARIAIS – TABELA SALARIAL

Insurgem-se os agravantes, em suas razões recursais, contra o despacho que denegou seguimento ao recurso de revista, sustentando que a regulamentação acerca dos salários a serem auferidos pelos empregados dos reclamados se dá através da resolução acostada aos autos, que dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único, o teto máximo da remuneração, e não o piso salarial, como entendeu o Tribunal Regional. Alega que a diferença de rendimentos existente entre o reclamante e o agente multiplicador atuante no sul é justificável, tendo em vista que o autor era responsável por uma região muito menor e de mercado menos intenso do que o da região sul do estado. Assevera que o acórdão recorrido contém contradição, visto que o tribunal *a quo* dá validade ao teto de remuneração contido no documento de fls. 47 ao mesmo passo em que retira a

JURISPRUDÊNCIA

validade da referida resolução, que regulamenta o valor desta remuneração (Ato PRE-CN-SEST/SENAT/nº 022/02). Em suas razões de revista, apontou violação ao art. 125, I, do Código de Processo Civil.

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, analisando a questão referente ao tema em epígrafe, deixou consignado, *in verbis*:

“O reclamante alegou, na inicial, que os reclamados descumpriram o disposto na tabela salarial por eles próprios instituída, pagando-lhe valor inferior ao piso previsto para a sua função.

O Juízo de primeiro grau concluiu, com base no documento de f. 47, que os reclamados haviam garantido aos ocupantes do cargo de agente multiplicador a quantia mensal de R\$ 2.529,00. Sendo incontroverso o enquadramento do reclamante nessa função e, diante do comprovado pagamento de salário inferior (R\$ 1.100,00), foram deferidas diferenças salariais no período compreendido entre 01.01.02 e 19.11.03, ao longo do qual o reclamante exerceu a função em estudo.

Insurgem-se os reclamados contra a condenação e afirmam que a matéria é regulamentada pelo Ato PRE-CN-SEST/SENAT/nº 022/02. Argumentam que o art. 1º dessa norma estabelece um teto máximo para o cargo ocupado pelo autor equivalente à quantia referida na sentença – R\$ 2.529,00. Esse dispositivo, contudo, autoriza a contratação de salário inferior, a ser ajustado conforme a demanda dos serviços, quantidade de profissionais na mesma área ou de acordo com a carga horária, desde que o salário seja ajustado no ato da contratação.

A norma invocada pelos reclamados encontra-se reproduzida às f. 488/496 e sua leitura confirma as alegações destes últimos, pois seu art. 1º, parágrafo único, dispõe que os valores de salários constantes de seus anexos refletem as quantias máximas, as quais poderiam ser reduzidas, no ato da contratação do empregado, conforme a demanda real pelos serviços, a quantidade de profissionais ou a carga horária. Esse dispositivo recomendava, inclusive, a verificação dos valores praticados no mercado, autorizando ao agente ajustá-lo à realidade local.

Sucedo que essa norma regulamentar foi editada em 24.04.02, ou seja, é posterior à promoção do autor, ocorrida em janeiro do mesmo ano (f. 33). A par desse fato, percebe-se do documento de f. 47 que, quando o reclamante assumiu as funções de agente multiplicador, vigorava outra norma regulamentar (Ato PRE-CN/SEST-SENAT/nº 008/98), a qual assegurava salário mensal de R\$ 2.529,00 aos ocupantes do cargo

JURISPRUDÊNCIA

de agente multiplicador, como ocorria com o obreiro. Essa primeira norma regulamentar, expressamente revogada na edição do ato invocado pelos reclamados, não veio aos autos integralmente. Por esse motivo, não se pode afirmar que contivesse dispositivo similar àquele referido acima, fixando o valor da tabela como teto máximo, e não piso salarial. Os termos lançados na tabela de f. 47 levam a crer que se tratava de garantia mínima salarial. Por esse motivo, o salário ajustado na contratação – R\$ 1.100,00 – é inferior ao previsto em norma regulamentar editada pelos reclamados, daí porque são devidas as diferenças deferidas.

Concluo, por isso, que desde janeiro de 2002 o reclamante fazia jus ao salário mensal equivalente a R\$ 2.529,00.

Por outro lado, à vista do entendimento contido no Enunciado 51 do TST (*Vantagens – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento*), considero inviável aplicar ao reclamante as alterações promovidas pela norma regulamentar referida na defesa, vigente a partir de abril de 2002, ou seja, três meses após a promoção do reclamante. Acentuo, inclusive, que os próprios reclamados anteviram a impossibilidade de reduzir os salários dos empregados em exercício na época da alteração e fizeram inserir a previsão contida no art. 2º, *verbis*: ‘*Os dirigentes deverão tomar as providências, cabíveis a cada situação, demitindo os funcionários que foram contratados a mais em cada cargo, os que se encontram com salário superior ao disposto no anexo correspondente a sua área geográfica e tipologia e aqueles que estão lotados em cargo extinto ou com a denominação modificada, devendo observar, rigorosamente, os aspectos legais e as instruções que regulam a matéria*’. Se os reclamados deliberaram manter o reclamante no cargo, hão de arcar com o pagamento do salário previsto na tabela vigente na data da promoção.

Mantenho as diferenças salariais correspondentes à observância da tabela salarial adotada pelos reclamados.” (fls. 150/152)

Destarte, não vislumbro violação literal de dispositivo infraconstitucional, como exige a alínea *c* do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, visto que o Tribunal Regional verificou que a regulamentação contida no Ato PRE-CN-SEST/SENAT/nº 022/02, invocada pelos reclamados e que, realmente, estabelecia um teto máximo para o cargo ocupado pelo reclamante, não o alcança, porquanto “essa norma regulamentar foi editada em 24.04.02, ou seja, é posterior à promoção do autor, ocorrida em janeiro do mesmo ano”. Nesse

JURISPRUDÊNCIA

passo, o Colegiado deu a exata subsunção da descrição dos fatos ao conceito contido no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da impossibilidade da alteração das condições do contrato de trabalho, quando resultar prejuízos ao empregado.

Além do que, o Tribunal Regional decidiu em conformidade com a Súmula nº 51 (item I), a saber:

“NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT. (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SDI-1) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.05

I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 - RA 41/73, DJ 14.06.1973)”

Ademais, o Colegiado noticiou que “percebe-se do documento de fl. 47 que, quando, o reclamante assumiu as função de agente multiplicador, vigorava outra norma regulamentar (Ato PRE-CN/SEST-SENAT/nº 008/98), a qual assegurava salário mensal de R\$ 2.529,00 aos ocupantes do cargo de agente multiplicador, como ocorria com o obreiro” e que, apesar de não se poder afirmar que tal norma regulamentar contivesse dispositivo similar à norma posterior, ou seja, que fixasse o valor da tabela como teto máximo, e não como piso salarial, “os termos lançados na tabela de f. 47 levam a crer que se tratava de garantia mínima salarial. Por esse motivo, o salário ajustado na contratação – R\$ 1.100,00 – é inferior ao previsto em norma regulamentar editada pelos reclamados, daí porque são devidas as diferenças deferidas”. Por conseguinte, o Tribunal Regional, ao condenar os reclamados no pagamento de tais diferenças salariais, tendo em vista que, com base nos documentos dos autos, convenceu-se de que o valor assegurado pela norma regulamentar aplicável ao reclamante se tratava de garantia mínima salarial, decidiu em consonância com o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, posto que sua conclusão decorreu da aplicação do princípio da persuasão racional, restando incólume o art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que garante o tratamento igualitário das partes no processo.

Nego provimento.

Diante do exposto, conheço do agravo de instrumento para negar-lhe provimento.

JURISPRUDÊNCIA

Isto posto,

Acordam os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento.

Brasília, 16 de maio de 2007. *Renato de Lacerda Paiva*, relator.

ANOTAÇÕES APOSTAS NA CTPS. ALUSÃO À RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INTERPOSTA. DANOS MORAIS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ANOTAÇÕES APOSTAS NA CTPS. ALUSÃO À RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INTERPOSTA. DANOS MORAIS. Caracterizada a divergência jurisprudencial. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. ANOTAÇÕES APOSTAS NA CTPS. ALUSÃO À RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INTERPOSTA. DANOS MORAIS. É fato público e notório a intolerância das empresas em relação àqueles empregados que já ajuizaram reclamatória trabalhista, dificultando-lhe o acesso a novo emprego. Ainda que não se trate da denominada “lista negra”, a anotação aposta na CTPS do Reclamante é suficiente para o colocar às margens do mercado de trabalho, porquanto noticia o ajuizamento de ação trabalhista em face do ex-empregador, revelando-se ato ilícito hábil a ensejar o pagamento da indenização por dano moral.

Recurso de Revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-279/2003-669-09-40 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-279/2003-669-09-40.8, em que é Recorrente João Batista Fonseca e Recorrida UNIPAX – União de Convênios Ltda.

A Reclamada agrava de instrumento, às fls. 02-11, em face do despacho de fl. 135, em que se denegou seguimento ao Recurso de Revista.

A Agravada apresentou contra-razões às fls. 158-170 e contraminuta às fls. 171-176.

JURISPRUDÊNCIA

Desnecessária a remessa do processo ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do RI/TST.

É o relatório.

VOTO

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO

1 – CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do Agravo de Instrumento.

2 – MÉRITO

2.1 – ANOTAÇÕES APOSTAS NA CTPS. ALUSÃO A RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INTERPOSTA. DANOS MORAIS

Por meio do acórdão de fls. 98-109, complementado pelo de fls. 123-125, o TRT da 12ª Região deu provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada para excluir a indenização por danos morais decorrentes das anotações apostas na CTPS do Reclamante.

O Regional concluiu que a Reclamada, ao proceder o registro do contrato de trabalho na CTPS do autor, fazendo constar que decorria de determinação judicial, não teve a intenção de prejudicar o seu ex-empregado, salientando que as anotações apostas foram necessárias para indicar a origem e a justificativa do registro efetivado *a posteriori*, com menos dados do que se tivessem sido feitas pela própria secretaria da Vara.

O Reclamante opôs-se à decisão *a quo* pretendendo seja restabelecida a sentença de primeiro grau. Argumentou que devem ser registradas apenas as datas de início e término da relação contratual, funções, remunerações e os dados do empregador, sendo vedadas anotações desabonadoras. Alegou ser equivocado o entendimento Regional no sentido de que as anotações foram fruto de desconhecimento da norma e não tiveram intuito de prejudicar-lhe.

Apontou violação dos arts. 5º, V, da Constituição da República, 3º da LICC, 186 do CC e 29, *caput* e § 4º, da CLT. Trouxe arestos ao cotejo.

JURISPRUDÊNCIA

O aresto de fl. 130-131 possibilita o provimento do recurso, porquanto específico, na medida em que trata da mesma realidade fática descrita nos autos.

Assim, dou provimento ao Agravo de Instrumento e passo ao exame do Recurso de Revista, como se segue, nos termos da Resolução Administrativa nº 736/2000 do TST.

II – RECURSO DE REVISTA

1 – CONHECIMENTO

Recurso de Revista que atende aos pressupostos de admissibilidade.

1.1 – ANOTAÇÕES APOSTAS NA CTPS. ALUSÃO À RECLAMATÓRIA TRABALHISTA INTERPOSTA. DANOS MORAIS.

Mediante acórdãos de fls. 98-109 e 123-125, o 12º Regional deu provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada para excluir a indenização por dano moral decorrente das anotações apostas na CTPS do Reclamante.

Consignou que o procedimento adotado pela Reclamada, para fins de registro da CTPS, não teve a intenção de trazer prejuízos ao ex-empregado, acrescentando que são de menor impacto do que os registros efetivados pela própria secretaria da Vara. Assentou que, muito embora fossem desnecessárias referidas anotações complementares, foram elas fruto do desconhecimento por parte da empresa, já que o servidor da Vara, Wilson, ouvido como testemunha, confirmou que o pessoal da empresa indagou sobre o procedimento a ser adotado.

Registrou, ainda, a ausência de má-fé por parte da empresa que, atendendo espontaneamente ao chamamento judicial, compareceu à Secretaria e lá procedeu às anotações na CTPS do autor.

Concluiu o Regional que as anotações apostas revelaram-se estritamente necessárias para indicar a origem e a justificativa do registro efetivado *a posteriori*, não havendo prova robusta de que serviram para dificultar ao Reclamante o ingresso em novo emprego.

Em sede de embargos declaratórios, acrescentou o Regional que a anotação aposta na CTPS, que deu ensejo ao pleito de indenização por dano moral, tem o seguinte teor (fl. 124):

JURISPRUDÊNCIA

“Acerto Final

Conforme sentença de folha nº 96 do processo nº 995/00
(carimbo e assinatura).”

No Recurso de Revista, às fls. 127-134, o Reclamante sustentou que a anotação lançada na CTPS revela o desejo explícito do empregador de prejudicar o reclamante e não mero desconhecimento formal da legislação que rege a matéria. Aduziu que sentença alguma determina que se anote o termo “acerto final”, mas tão-somente as datas de início, término, funções, remuneração e dados do empregador.

Argumentou que a anotação *a posteriori* decorre de fraude à lei, já que o empregador não procedeu ao registro na data legalmente prevista para tanto, acrescentando que o ato ilícito praticado pela empresa causou-lhe prejuízos morais, na medida em que o mercado de trabalho não “vê com bons olhos aquele empregado que tenha procurado a Justiça do Trabalho”.

Apontou violação dos arts. 5º, V, da Constituição da República, 3º da LICC, 186 do CC e 29, *caput* e § 4º, da CLT. Trouxe arestos ao cotejo.

Assiste-lhe razão.

O aresto transcrito à fl. 130-131, oriundo da 3ª Região, autoriza o conhecimento do Recurso de Revista porque possui tese no sentido de se configurar dano moral a atitude do ex-empregador que, ao proceder ao registro do contrato de trabalho na CTPS do empregado, faz alusão expressa à reclamação trabalhista.

Por tais fundamentos, conheço da Revista por divergência jurisprudencial.

2 – MÉRITO

O *caput* do art. 29 da CLT determina que o empregador deverá anotar na CTPS do trabalhador, no prazo de quarenta e oito horas da admissão, especificamente, a data de admissão, a remuneração e as condições especiais, se houver.

O § 4º do referido dispositivo, por sua vez, veda ao empregador efetuar quaisquer anotações desabonadoras à conduta do empregado em sua CTPS.

Na hipótese, a empresa registrou, no campo das “anotações gerais” que se tratava de acerto final na conformidade da sentença proferida no processo 995/00.

Até por serem lacônicos, tais dizeres revelam-se desabonadores, pois, da sua leitura, não há como se verificar o que ficou decidido na mencionada

JURISPRUDÊNCIA

reclamatória trabalhista, se apenas questões salariais e/ou retificação quanto às datas de admissão e saída, entre outros, tampouco se houve discussão em torno do motivo da dispensa, sendo de se concluir que implicam transtornos ao titular da CTPS.

É fato público e notório a intolerância das empresas em relação àqueles empregados que já ajuizaram reclamatória trabalhista, dificultando-lhe o acesso a novo emprego. Ainda que não se trate da denominada “lista negra”, a anotação aposta na CTPS do Reclamante é suficiente para o colocar às margens do mercado de trabalho, porquanto noticia o ajuizamento de ação trabalhista em face do ex-empregador.

Nesse compasso, a conduta da empresa mostrou-se contrária ao comando expresso pelo art. 29, § 4º, da CLT.

O Código Civil Brasileiro, por seu turno, dispõe, no art. 186, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, a anotação procedida pela reclamada, vedada por lei, revelou-se ato ilícito hábil a ensejar o pagamento da indenização por dano moral.

Assim sendo, dou provimento ao Recurso de Revista para condenar a Reclamada a pagar ao autor indenização por danos morais, no valor arbitrado pela sentença, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), porquanto não se insurgiu o Recorrente quanto ao montante fixado.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao Agravo de Instrumento. Conhecer do Recurso de Revista por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada a pagar ao autor indenização por danos morais, no valor arbitrado pela sentença, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Brasília, 18 de abril de 2007. *Carlos Alberto Reis de Paula*, relator.

ATLETA PROFISSIONAL. RESCISÃO. CLÁUSULA PENAL

1) ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL – ART. 28 DA LEI 9.615/98 (LEI PELÉ) – RESCISÃO CONTRATUAL – CLÁUSULA PENAL.

JURISPRUDÊNCIA

1. *Consoante o disposto no art. 28 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé), a atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.*

2. *Na hipótese vertente, o Regional entendeu que a mencionada cláusula penal objetiva apenas compensar o investimento realizado pelo clube do jogador, bem como indenizar os lucros cessantes de um atleta, que daria, até o final do contrato, vantagens financeiras para o clube, de modo que a referida cláusula só tinha aplicabilidade em favor do clube empregador, sendo que, nas rescisões de sua iniciativa, não havia obrigação ao respectivo pagamento.*

3. *No entanto, verifica-se que o comando legal em comento estatui a obrigatoriedade de se estabelecer cláusula penal para o descumprimento, rompimento ou rescisão contratuais, em caráter genérico, sem definir o sujeito passivo da multa e seu beneficiário, que são, óbvia e respectivamente, quem deu causa ao descumprimento ou rescisão contratual e quem sofreu prejuízo com eles.*

4. *In casu, restou assentada a iniciativa do Reclamado na ruptura contratual, o que atrai para ele, portanto, a responsabilidade pelo pagamento da multa rescisória preconizada na cláusula penal firmada no contrato celebrado entre as Partes.*

II) ABANDONO DE CERTAME DA SEGUNDA DIVISÃO NA SEGUNDA FASE DA COMPETIÇÃO POR CLUBE FUTEBOLÍSTICO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

1. *Para a configuração do dano moral, faz-se necessária a ocorrência concomitante de três requisitos, quais sejam, o ato ilícito, o nexo de causalidade e o direito violado.*

2. *Na hipótese vertente, o Reclamante postula indenização por dano moral, em face de o Demandado ter abandonado o certame futebolístico da segunda divisão estadual, na segunda fase da competição, ao fundamento de que o mencionado abandono privou o Recorrente de participar da fase final da competição, do campeonato de 2005, de ser visto por outras equipes e de ser contratado no ano de 2006.*

3. *Ocorre que o fato de o Reclamado ter se afastado da competição não configura ato ilícito, consoante o disposto nos arts. 186 e 187 do CC, mas, de forma contrária, constitui um direito do Clube, que não pode ser obrigado a*

JURISPRUDÊNCIA

permanecer na disputa de um campeonato, se não tiver condições financeiras, entre outras. As eventuais sanções e penalidades de caráter esportivo, aplicáveis pela respectiva Federação, por abandono do certame, não dão azo à imputação de lesão moral ao jogador.

4. Se não bastasse, não se vislumbra lesão à moral, à dignidade ou a qualquer outro valor subjetivo do Recorrente, pois as alegações acerca da participação da fase final da competição, de o Recorrente ser visto por outras equipes ou de ser contratado no ano seguinte, constituem, na verdade, sonhos e expectativas fundados em eventos futuros e incertos, e não ferimento à honra subjetiva ou objetiva do Demandante.

5. Ademais, se o Demandado abandonou a competição da segunda divisão estadual, na segunda fase da competição, quiçá não o fez, justamente, para evitar que as expectativas do Obreiro fossem frustradas, em face de o Clube não vislumbrar êxito no campeonato, pois o resultado do certame não depende apenas do Recorrente, mas de toda a equipe, além do desempenho de outros times.

6. Nesse contexto, não estando configurados os requisitos correlatos ao ato ilícito e à violação do direito à imagem, honra, intimidade e vida privada (CF, art. 5º, X), não se vislumbra o mencionado dano moral e, conseqüentemente, a alegada violação dos arts. 186, 187 e 927 do CC, e 5º, X, da CF.

Recurso de revista parcialmente conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-343/2005-654-09-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista TST-RR-343/2005-654-09-00.9, em que é Recorrente Alex Enrique Bacheга e Recorrido Fanático Futebol Clube.

RELATÓRIO

Contra a decisão do 9º Regional que deu provimento parcial ao seu recurso ordinário (fls. 309-322), o Reclamante interpõe o presente recurso de revista, pedindo reexame das seguintes questões: salário, cláusula penal e dano moral (fls. 324-347).

Admitido o apelo (fl. 367), foram apresentadas contra-razões (fls. 369-388), sendo dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

JURISPRUDÊNCIA

VOTO

I) CONHECIMENTO

1) PRESSUPOSTOS GENÉRICOS

O recurso é tempestivo (cfr. fls. 323 e 324) e tem representação regular (fls. 17 e 155), sendo as custas a cargo do Reclamado.

2) PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS

a) SALÁRIO

Tese Regional: Não restou provado que o Autor foi contratado pelo salário de R\$ 800,00 acrescido de R\$ 200,00, alusivos ao vale-transporte, sendo que à época da contratação, 23/04/04, o salário mínimo era de R\$ 240,00, e o novo valor para o *referido* salário, no montante de R\$ 260,00, passou a vigorar em 01/05/04, de modo que a sentença merece reformas, para que seja observada a evolução do salário mínimo (fls. 310-313).

Antítese Recursal: Deve ser reconhecido o real salário do Recorrente como sendo de R\$ 1.000,00, não podendo ser aceito um salário inferior ao mínimo para pagamento das verbas rescisórias. Nesse contexto, a decisão recorrida merece reforma, sob pena de violação dos arts. 117, 118 e 464 da CLT e 7º, IV, da CF, de contrariedade ao Precedente Normativo 93 da SDC do TST e de divergência jurisprudencial (fls. 328-332).

Síntese Decisória: Verifica-se que o Regional fundou-se no conjunto fático-probatório dos autos para concluir que não restou provado que o Autor foi contratado pelo salário de R\$ 800,00.

Assim, emerge como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula 126 do TST, não havendo como divisar conflito de teses nem violação de dispositivo de lei, dados os pressupostos fáticos nos quais se lastreou o Regional, não mais discutíveis nesta Instância de natureza extraordinária.

No mesmo contexto, tendo a Corte de origem consignado que, por ocasião da contratação do Reclamante, restou observado o montante alusivo ao salário mínimo, somente pelo reexame das provas dos autos é que se poderia, em tese, concluir pela violação dos arts. 117, 118 e 464 da CLT e 7º, IV, da CF, incidindo, novamente, o óbice da Súmula 126 do TST.

JURISPRUDÊNCIA

Por outro lado, observa-se que o Regional não resolveu a controvérsia pelo prisma do art. 464 da CLT, incidindo sobre a hipótese o óbice da Súmula 297, I, do TST, bem como o obstáculo apontado na Instrução Normativa 23/03, II, *a*, desta Corte Superior, haja vista não ter a Parte cuidado de transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstanciaria o prequestionamento do dispositivo consolidado em comentário.

Se não bastasse, consoante o disposto no art. 896, *a*, da CLT, cabe recurso de revista das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte.

Como se observa, a invocação de contrariedade a Precedente Normativo da SDC do TST não permite a admissibilidade do recurso de revista, pois não se enquadra nas hipóteses elencadas no dispositivo consolidado supra-mencionado.

Por fim, verifica-se que o aresto acostado às fls. 329-330 deixa de observar o disposto na Súmula 337, I, *a*, do TST, pois não indica a fonte oficial ou o repositório em que foram publicados, sendo certo que as cópias acostadas na revista não servem ao fim colimado, na medida em que não estão autenticadas, na esteira do mencionado verbete sumulado.

Logo, *não conheço* da revista, no particular, em face do óbice das Súmulas 126, 297, I, e 337, I, *a*, do TST e do art. 896, *a*, da CLT.

b) CLÁUSULA PENAL

Tese Regional: A cláusula penal, prevista no art. 28 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé), objetiva apenas compensar o investimento realizado pelo clube do jogador, bem como indenizar os lucros cessantes de um atleta, que daria, até o final do contrato, vantagens financeiras para o clube, de modo que a mencionada cláusula só tem aplicabilidade em favor do clube empregador, sendo que, nas rescisões de sua iniciativa, não há obrigação ao respectivo pagamento (fls. 313-318).

Antítese Recursal: A cláusula penal prevista no art. 28 da Lei 9.615/98 tem aplicabilidade tanto ao atleta quanto à respectiva entidade de prática desportiva, de modo que a decisão recorrida merece reforma, sob pena de

JURISPRUDÊNCIA

violação do mencionado comando legal, dos arts. 479, 480 e 481 da CLT e de divergência jurisprudencial (fls. 332-339).

Síntese Decisória: O aresto transcrito às fls. 334-335 conduz ao fim colimado, já que externa tese oposta à do Regional, assentando que a cláusula penal prevista no art. 28 da Lei 9.615/98 é aplicável tanto ao atleta profissional quanto às entidades de prática desportiva.

Logo, *conheço* da revista, no particular, por dissenso específico de teses.

c) DANO MORAL

Tese Regional: Não existem nos autos elementos de prova que dêem aporte seguro à constatação de que o Reclamante tenha sido prejudicado em relação a sua imagem de atleta profissional pelo descumprimento de obrigações trabalhistas pelo Demandado, ou mesmo pelo abandono do certame da segunda divisão, na segunda fase da competição. Ademais, meras alusões a prejuízo íntimo por culpa do Reclamado não ensejam a condenação em dano moral, mormente quando não se verifica culpa reprovável do Empregador (fls. 318-321).

Antítese Recursal: O Reclamante “*derramou seu suor em campo*” buscando a classificação esportiva, mas viu seu objetivo frustrado, em face da conduta do Reclamado, por meio de seu Presidente, que se afastou da competição sem motivo justo, privando o Recorrente de participar da fase final da competição, do campeonato de 2005, de ser visto por outras equipes e de ser contratado no ano de 2006. Nesse contexto, deve ser deferida indenização por dano moral, sob pena de violação dos arts. 186, 187 e 927 do CC, e 5º, X, da CF e de divergência jurisprudencial, mormente porque o Demandado não liberou o Recorrente para que pudesse ingressar em outro clube (fls. 339-345).

Síntese Decisória: Inicialmente, cumpre registrar que o Regional não resolveu a controvérsia pelo prisma da não-liberação do Recorrente, incidindo sobre a hipótese o óbice da Súmula 297, I, do TST, bem como o obstáculo apontado na Instrução Normativa 23/03, II, *a*, desta Corte Superior, haja vista não ter a Parte cuidado de transcrever o trecho da decisão recorrida que consubstanciaria o prequestionamento da questão em comento.

Por outro lado, para a configuração do dano moral, faz-se necessária a ocorrência concomitante de três requisitos, quais sejam, o ato ilícito, o nexo de causalidade e o direito violado.

Ocorre que o fato de o Demandado ter abandonado o certame futebolístico da segunda divisão estadual, na segunda fase da competição, não configura

JURISPRUDÊNCIA

ato ilícito, consoante o disposto nos arts. 186 e 187 do CC, mas, de forma contrária, constitui um direito do Clube, que não pode ser obrigado a permanecer na disputa de um campeonato.

Se não bastasse, não se vislumbra lesão à moral, à dignidade ou a qualquer outro valor subjetivo do Recorrente, pois as alegações acerca da participação da fase final da competição, de o Recorrente ser visto por outras equipes ou de ser contratado no ano seguinte, constituem, na verdade, sonhos e expectativas fundados em eventos futuros e incertos, e não ferimento à honra subjetiva ou objetiva do Demandante.

Ademais, se o Demandado abandonou a competição da segunda divisão estadual, na segunda fase da competição, quiçá não o fez, justamente, para evitar que as expectativas do Obreiro fossem frustradas, em face de o Clube não vislumbrar êxito no campeonato, pois o resultado do certame não depende apenas do Recorrente, mas de toda a equipe, além do desempenho de outros times.

Nesse contexto, não estando configurados os requisitos correlatos ao ato ilícito e à violação do direito, não se vislumbra o mencionado dano moral e, conseqüentemente, a alegada violação dos arts. 186, 187 e 927 do CC, e 5º, X, da CF.

Por fim, observa-se que nenhum dos arestos acostados ao apelo dispõe acerca do abandono do certame futebolístico pelo respectivo clube, emergindo como obstáculo à revisão pretendida a orientação fixada na Súmula 296, I, do TST, em face da inespecificidade dos mencionados paradigmas.

Logo, *não conheço* da revista, no particular, em face do óbice das Súmulas 296, I, e 297, I, do TST, bem como por não vislumbrar violação de dispositivos legais e constitucionais.

II) MÉRITO

CLÁUSULA PENAL

Consoante o disposto no art. 28 da Lei 9.615/98 (Lei Pelé), a atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

JURISPRUDÊNCIA

Como se observa, o mencionado comando legal estatui a obrigatoriedade de se estabelecer cláusula penal para o descumprimento, rompimento ou rescisão contratuais, em caráter genérico, sem definir o sujeito passivo da multa e seu beneficiário, que são, óbvia e respectivamente, quem deu causa ao descumprimento ou rescisão contratual e quem sofreu prejuízo com eles.

Nesse sentido, já nos manifestamos alhures:

“ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. LEI PELÉ (ART. 28 DA LEI Nº 9.615/98). RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. 1. Pelo art. 28 da Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol deve conter obrigatoriamente cláusula penal pela rescisão unilateral do contrato, do que se infere o sujeito passivo da multa rescisória seja quem deu azo à rescisão e beneficiário aquele que com ela sofreu prejuízo (...)” (TST-RR-1.134/2003-444-02-00.5, 4ª T., Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho, DJ 10.03.2006).

Cumpra registrar que as alegações acerca do pagamento proporcional levantadas pelo Recorrido, em sede de contra-razões, além de não terem sido prequestionadas pelo Regional, sequer vieram embasadas em dispositivo legal que deveria ser aplicado ao caso, carecendo, portando, de fundamentação.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso para, reformando, no particular, o acórdão regional, acrescer à condenação o pagamento da cláusula penal firmada no contrato celebrado entre as Partes.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas no tocante à cláusula penal, por divergência jurisprudencial específica, e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando, no particular, o acórdão regional, acrescer à condenação o pagamento da mencionada cláusula penal firmada no contrato celebrado entre as Partes.

Brasília, 13 de junho de 2007. *Ives Gandra Martins Filho*, relator.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

JURISPRUDÊNCIA

Nega-se provimento a agravo de instrumento quando suas razões, mediante as quais se pretende demonstrar que o recurso de revista atende aos pressupostos de admissibilidade inscritos no art. 896 da CLT, não conseguem infirmar os fundamentos do despacho agravado.

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO

1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Foram demonstrados os fundamentos formadores da convicção do juízo, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, por conseguinte, em violação aos dispositivos indicados.

2. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Conflito Negativo de Competência 7.204-1/MG, suscitado pela Quinta Turma do TST (Pleno, 29/6/2005), entendeu que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar pedido de pagamento de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho. A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante em relação ao juízo a quem for atribuída a competência material, como na hipótese, devendo este abster-se de insistir nos argumentos que animaram o órgão a suscitar o referido conflito. Pela exegese do art. 114 da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral e material, quando decorrente da relação de trabalho (Súmula 392 do TST).

3. DANO MORAL.CONFIGURAÇÃO. Nem sempre o difícil relacionamento entre o chefe e o subordinado gera dano moral, embora a seqüência dos fatos, vistos sob a ótica de quem se encontra em situação de subordinação, temperada com os elementos históricos e psicológicos de ambos possa extrapolar os limites do mero desentendimento. Nessa linha, pode esse difícil relacionamento entre o chefe e o subordinado, eventualmente, ser ofensivo para este, se o tratamento que o chefe lhe dispensa vier permeado pelo propósito de humilhar ou de reduzir sua importância no contexto da unidade profissional. No caso concreto, entretanto, segundo se extrai do acórdão regional, o tratamento do preposto do reclamado à reclamante não revela humilhação. Pelo contrário, esclarece o Tribunal Regional que o Banco reclamado procurou readaptar a reclamante, que ficara impossibilitada parcialmente para o trabalho por algum tempo, e ainda que foi constatado estar ela acometida de ansiedade e depressão bipolar, segundo o Tribunal Regional, doença não profissional, em razão da qual a reclamante se aposen-

JURISPRUDÊNCIA

tou por invalidez. Revela, ainda, o Tribunal Regional que, segundo a prova oral, “a Reclamante tinha desentendimentos com o chefe Sebastião Praes”, os quais surgiram em razão de teses levantadas, falta de habilidade tanto de uma parte como de outra ...”. (fl. 1.371).

Recurso de Revista de que se conhece em parte e a que se dá provimento.

(Processo nº TST-AIRR e RR-804/2001-100-03-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista e de Recurso de Revista nº TST-AIRR e RR-804/2001-100-03-00.0, em que é Agravante e Recorrida Solange de Fátima Alves Maia de Quadros e Agravado e Recorrente Banco do Brasil S.A.

Foram interpostos Recursos de Revista por ambas as partes, mediante os quais se busca a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Todavia, apenas o Recurso interposto pelo reclamado foi admitido mediante o despacho de fls. 1.475/1.477, razão por que o reclamante, cujo Recurso teve o seguimento denegado, interpõe Agravo de Instrumento.

Foram oferecidas contra-razões ao Recurso de Revista admitido a fls. 1.478/1.509, contraminuta ao Agravo de Instrumento a fls. 1.535/1.541, bem como contra-razões ao respectivo Recurso de Revista a fls. 1.542/1.550.

Os Recursos não foram submetidos a parecer do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA RECLAMANTE

O Agravo de Instrumento é tempestivo, possui representação regular e está processado nos autos principais.

No Agravo, procurou-se evidenciar a admissibilidade do Recurso de Revista, sob o argumento de que foram satisfeitos seus pressupostos recursais.

Sem razão.

Em relação à função de advogada – comissionamento e horas extras, o Tribunal Regional consignou que a reclamante não preencheu os requisitos

JURISPRUDÊNCIA

previstos no Plano de Cargos Comissionados para o recebimento das funções comissionadas. Asseverou, ainda, que ela estava sujeita ao regime de dedicação exclusiva previsto no art. 20 da Lei 8.906/94 e que houve quitação das horas extras devidas.

Incide na espécie a Súmula 126 desta Corte, pois, no Recurso de Revista, a parte pretende o reexame do quadro fático descrito pelo Tribunal Regional. Aferir a veracidade da assertiva do Tribunal Regional ou da parte depende de nova avaliação dos fatos, procedimento vedado em sede de Recurso de Revista.

De outro lado, o Tribunal Regional do Trabalho não abordou as questões pertinentes à alteração contratual e à supressão das horas extras. Por isso, incide na espécie a orientação expressa na Súmula 297 do TST.

Quanto ao tema “indenização por danos físicos”, incide na espécie a Súmula 126 desta Corte, pois, no Recurso de Revista, a reclamante pretende o reexame do quadro fático descrito pelo Tribunal Regional, o que se infere de sua argumentação de que ficou provado por documentos originais a tenossinovite. Conforme concluiu o Tribunal Regional, “mesmo que a Recorrente apresentasse seqüelas da doença adquirida em razão do esforço repetitivo, o que foi negado pelo perito oficial e pelo assistente técnico apresentado pela Recorrente (fl. 1.100), nenhuma prova existe de que para seu surgimento ou agravamento tenha o Recorrido contribuído através de ato culposo... A sentença examinou a prova pericial com profundidade e está correto o seu entendimento no sentido de que inexistente qualquer dano físico indenizável” (fls. 1.373). Como dito, a aferição da veracidade da assertiva do Tribunal Regional ou da parte depende de nova avaliação dos fatos, procedimento vedado em sede de Recurso de Revista.

A incidência da Súmula 126 desta Corte, por si só, impede o conhecimento do Recurso tanto por violação a lei como por divergência jurisprudencial.

No que se refere aos “documentos confidenciais” o Tribunal Regional consignou que “a Recorrida,... além das cópias de documentos comuns, trouxe para os autos cópias de documentos internos de exclusiva propriedade do Recorrente, inclusive alguns carimbados com a expressão *confidencial* (fl. 38), violando regras morais, legais e constitucionais. Trata-se, portanto, de prova obtida por meios ilícitos, inadmissível no processo, como estatui o inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal” (fls. 1.367). Dessa forma, não se constata ofensa direta e literal ao art. 5º, incs. XXXIII, XXXIV e LXXII, da Constituição da República nem contrariedade à Orientação Jurisprudencial 36 da SDI, visto que as referidas disposições não tratam da matéria em debate, qual seja a obtenção de prova por meio ilícito.

JURISPRUDÊNCIA

Por fim, quanto ao tíquete-refeição, o Recurso de Revista está desfundamentado, à luz do art. 896 da CLT, porque não há indicação de ofensa a dispositivo de lei nem transcrição de julgado para aferição de divergência jurisprudencial.

Logo, *nego provimento*.

2. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade do Recurso de Revista, examino os específicos.

2.1. CONHECIMENTO

2.1.1. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO

O Tribunal Regional do Trabalho manteve a sentença de primeiro grau, em que se concluíra ser competente a Justiça do Trabalho para julgar o pedido de indenização por danos morais, nos seguintes termos:

“Houve o pedido de indenização por danos físicos resultantes de doença profissional e por danos morais decorrentes de perseguição que a Recorrida teria sofrido por parte de sua chefia, no período em que esteve trabalhando no Núcleo Jurídico do Banco em Montes Claros.

A sentença indeferiu o primeiro pedido e deferiu o segundo.

O entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência é no sentido de que esta Justiça é competente para apreciar e decidir o pedido de indenização por danos morais decorrentes de ato culposo praticado pelo empregador e diretamente relacionados com a execução do contrato de trabalho. A divergência surge quando o alegado dano decorre de acidente do trabalho ou doença profissional a ele equiparado.

No caso dos autos, embora tenha a sentença indeferido o pedido de indenização de danos físicos resultantes da doença profissional, a preliminar argüida pelo Recorrente deve ser apreciada, uma vez que há recurso da Reclamante objetivando o reexame da matéria.

Deve ser salientado, inicialmente, que o pedido inicial não objetiva o recebimento de indenização por acidente do trabalho, caso em que, indiscutivelmente, não teria esta Justiça competência para apreciá-lo e

JURISPRUDÊNCIA

decidi-lo. Quer a Recorrida receber indenização por danos físicos e materiais em razão das seqüelas que nela teriam deixado a doença profissional que a acometeu, em razão de culpa atribuída ao Reclamado.

Entendo ser esta Justiça competente para apreciar e decidir o pedido de reparação de dano moral ou material, desde que resultante da execução do contrato de trabalho ou de fato a este vinculado. Trata-se, sem dúvida, de controvérsia decorrente da relação de emprego, cuja competência para conciliar e julgar é atribuída à Justiça do Trabalho pelo art. 114 da Constituição Federal. Não importa a natureza civil do objeto do pedido. O que interessa é o fato de incluir-se ele no conteúdo do Direito do Trabalho que, além das obrigações específicas, também leva em consideração a segurança do trabalhador e o respeito à sua pessoa.

Em se tratando, como no caso dos autos, de pedido de indenização por dano moral decorrente de doença profissional que teria vitimado o empregado por culpa do empregador, a Constituição Federal de 1998, ao contrário das anteriores que declaravam ser da competência exclusiva da Justiça Ordinária os dissídios relativos a acidente do trabalho, em seus artigos 109 e 114, ‘tratou da competência da Justiça do Trabalho e da competência residual da Justiça Comum, não mais atribuindo a esta, com exclusividade, a competência para as questões acidentárias’ (cf. Raimundo Simão de Melo, *Indenização Material e Moral Decorrentes de Acidentes do Trabalho – Competência para apreciá-las*, in LTr, mar. 1999, p. 351).

O Excelso Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, sendo relator o Exmo. Ministro Sepúlveda Pertence, ao decidir o processo CJ 6.959-6 (DF), entendeu que ‘a determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de Direito Civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação trabalhista, inserindo-se no contrato de trabalho’ (in LTr 59-10/1370). Esse julgamento, realizado na Sessão Plenária realizada em 23 de maio de 1990, deu início à pacificação do entendimento da Suprema Corte no sentido de que ‘compete à Justiça do Trabalho o julgamento da ação de indenização, por danos morais e materiais, movida pelo empregado contra seu empregador, fundada em fato decorrente da relação de trabalho’ (1ª T., 17.11.1998, RE 238.737, SP).

A sentença, portanto, está correta ao reconhecer a competência desta Justiça para apreciar e decidir o pedido.” (fls. 1.366/1.367)

JURISPRUDÊNCIA

O reclamado sustenta ser incompetente a Justiça do Trabalho para apreciar a questão relativa à indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho. Aponta violação aos arts. 109, inc. I, 114 e 202, § 2º, da Constituição da República e 643, § 2º, da CLT e traz arestos para confronto de teses.

Havendo relação de causa e efeito entre o ato do empregador e o dano de ordem moral sofrido pelo empregado, a Justiça do Trabalho tem competência para apreciar o pedido de indenização daí resultante.

A discussão se encontra pacificada no âmbito deste Tribunal por meio da Súmula 392, do seguinte teor:

“DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 327 da SDI-1) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.05. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.” (ex-OJ nº 327 – DJ 09.12.2003).

Ao apreciar o Conflito Negativo de Competência 7.204-1/MG, suscitado pela Quinta Turma deste Tribunal, o Supremo Tribunal Federal reformulou seu reiterado entendimento para, pronunciando a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar pretensão à indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, determinar o retorno daqueles autos a esta Corte, a fim de que procedesse ao julgamento do Recurso de Revista interposto pelo empregador.

Dessa forma, considerando-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante em relação ao juízo a quem for atribuída a competência, este deve abster-se de insistir nos argumentos que deram ensejo ao referido conflito. Os efeitos dessa decisão não se restringem ao processo em que foi suscitado o conflito.

Saliente-se que, ao ser examinada a questão atinente à competência da Justiça do Trabalho, ficou consignado na sentença de primeiro grau tratar-se de pedido vinculado ao contrato de trabalho e ter a pretensão da reclamante como causa de pedir acidente de trabalho – a justificar o pedido de indenização por dano moral e material.

Assim, uma vez que no presente feito o tema é idêntico ao suscitado no conflito, concluo pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de pagamento de indenização por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA

Esse é o entendimento da SBDI-1, consoante se extrai dos seguintes precedentes:

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Conflito Negativo de Competência 7.204-1/MG, suscitado pela Quinta Turma do TST (Pleno, 29/6/2005), fixou a competência da Justiça do Trabalho para apreciar pedido de pagamento de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho. A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em conflito negativo de competência possui força vinculante em relação ao juízo a quem for atribuída a competência material, como no caso, devendo este abster-se de insistir nos argumentos que animaram o órgão a suscitar o referido conflito. Os efeitos dessa decisão não se restringem ao processo onde foi decidido o conflito. Precedentes desta Corte. Recurso de Embargos de que não se conhece.” (E-RR-45.821/2002-900-03-00.2, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, DJ 30.06.2006)

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DANOS MORAIS E MATERIAIS ACIDENTE DE TRABALHO. Pela exegese do art. 114 da Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral e material, quando decorrente da relação de trabalho. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-770.824/2001.9, Rel. Min. Luciano de Castilho Pereira, DJ 01.09.2006)

“COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DO TRABALHO. Certo que, durante largo período, registrou-se intensa controvérsia em doutrina e jurisprudência acerca da competência material da Justiça do Trabalho para dirimir o litígio entre empregado e empregador por indenização referente a dano moral ou patrimonial advindo de acidente do trabalho. Sucede, todavia, que o art. 114, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dirimiu as dúvidas que acaso pudessem subsistir a respeito, ao alastrar o espectro de atuação da Justiça do Trabalho para qualquer dissídio individual cujo objeto seja indenização por dano moral ou patrimonial decorrente da relação de trabalho.” (E-ED-RR-930/2001-010-08-00, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJ 01.09.2006)

Assim, pacificado o entendimento acerca da matéria, não há falar em dissenso pretoriano, a teor do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST.

JURISPRUDÊNCIA

A aplicação do entendimento pacífico desta Corte afasta de pronto a aferição das apontadas violações a artigos de lei, exatamente porque aquele reflete a interpretação dos dispositivos que regem a matéria em questão, já se encontrando, portanto, superado o debate a respeito.

Não conheço.

2.1.2. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O reclamado suscita a preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, sustentando que, não obstante a oposição dos Embargos de Declaração, a Turma permaneceu silente a respeito dos seguintes temas: cerceamento de defesa, períodos deferidos – honorários de sucumbência e período de condenação e período de licença-saúde (fls. 1.453/1.454). Indica violação aos arts. 5º, incs. II, XXXV, LIV e LV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 458, inc. II, do CPC.

Sem razão, todavia.

O Tribunal Regional, quanto aos temas acima mencionados, consignou:

“Não houve o alegado cerceamento de defesa. Todas as perguntas dirigidas às testemunhas e indeferidas pelo Juiz nenhuma relação tinham com os fatos objeto da litiscontestatio. A ressalva aposta na ata da audiência (fl. 1186) pelo ilustre advogado do Recorrente nenhum valor pode ter e a sentença está correta ao repeli-la. Os atos imputados ao Juiz não estão provados e tendo ele o poder de dirigir amplamente o processo, pode licitamente determinar a realização de qualquer diligência necessária a formar o seu convencimento, ainda que revendo posicionamento anterior adotado por outro juiz que atuou no processo. A matéria foi devida e corretamente apreciada pela sentença recorrida nas alíneas *a* a *d* do item 2.2 (fls. 1194/1195). Rejeito.” (fls. 1.365)

“De maio de 1997 a 19/5/2000, com exceção do período de 03/9/98 a 4/10/98, a Recorrente esteve afastada do serviço, em gozo de auxílio-doença, ou seja, sem estar no efetivo exercício de atividades jurídicas. Entretanto, conforme confessou o preposto do Recorrido à fl. 1181, ‘nos afastamentos por motivo de saúde, o Banco, de acordo com o seu Regulamento, mantém o funcionário no cargo por noventa dias e, conseqüentemente, nesse período, o advogado afastado por motivo de saúde continua recebendo os honorários pela ASABB’.

JURISPRUDÊNCIA

A Recorrente, durante o mencionado período de maio de 1997 a 19.05.2000 foi, na realidade, afastada duas vezes em razão de licença concedida pelo INSS para tratamento de saúde: em 08.04.1997 em razão de auxílio-doença acidentário e em 05.10.1998, em gozo de auxílio-doença (fl. 779).

A sentença só deferiu os honorários de sucumbência relativamente ao período de 3/8/98 a 4/10/98, em que a Recorrente permaneceu à disposição do Recorrido após o seu retorno do primeiro afastamento.

Assim, de acordo com a confissão do Recorrido, tem a Recorrente, também, o direito de receber os honorários de sucumbência relativamente aos primeiros noventa dias após cada afastamento, ou seja, nos períodos de 8/4/97 a 8/7/97 e de 2/10/98 a 2/01/99, cuja apuração se fará como determinado pela sentença.” (fls. 1.374)

Aos julgar os Embargos de Declaração, o Tribunal Regional asseverou:

“Em relação aos períodos deferidos de honorários sucumbenciais, não há qualquer esclarecimento a ser feito, eis que a prestação jurisprudencial já se completou, como se vê às fls. 1369 e 1374, às quais faço remissão.

As questões relativas à existência de norma empresária que garantia a opção como advogado pleno, desde que a licença-saúde não fosse superior a 90 dias, também foram enfrentadas às fls. 1368/1396, nada mais restando a esclarecer.

O que pretende o Embargante é obter nova decisão, ultrapassando os estreitos limites dos embargos de declaração.

Os embargos de declaração não são oponíveis para sanar possíveis ‘equivocos na decisão’, mas, sim, para os casos de omissão, contradição e obscuridade.

Nesse sentido, as considerações lançadas pelo Embargante acerca dos períodos em que foram deferidos os honorários de sucumbência em contrapartida com os lapsos temporais em que a obreira esteve de licença para tratamento de saúde devem ser atacadas por via adequada, eis que os embargos não se prestam para o fim pretendido.

Não há, *data venia*, qualquer contradição no v. acórdão, quando da análise do tema ‘função de advogada – diferença salarial’, não carecendo a decisão de qualquer esclarecimento.

JURISPRUDÊNCIA

Verifica-se, contudo, ocorrência de erro material, sanável pela via eleita pelo Embargante.

O v. acórdão, como se vê à fl. 1374, alicerçando seu convencimento na prova de fl. 779, concluiu que:

‘A recorrente, durante o mencionado período de maio de 1997 a 19.05.2000 foi, na realidade, afastada duas vezes em razão de licença concedida pelo INSS para tratamento de saúde: em 08.04.1997 em razão de auxílio-doença acidentário e em 05.10.1998, em gozo de auxílio-doença (fls. 779)’.

Contudo, ao prover o recurso, determinou que a Reclamante tem ‘direito de receber os honorários de sucumbência relativamente aos primeiros noventa dias após cada afastamento, ou seja, nos períodos de 8/4/97 a 8/7/97 e de 2/10/98 a 2/1/99’.

No entanto, o segundo período de afastamento iniciou-se em 5/10/98 e não em 2/10/98.

Assim, dou parcial provimento, para, sanando erro material apontado, determinar que o segundo período refere-se a 5/10/98 a 5/1/99.” (fls. 1.405/1.406)

A preliminar de nulidade do julgado por negativa de prestação jurisdicional não prospera, porquanto a matéria foi devidamente apreciada, consoante se observa do acórdão de fls. 1.365, 1.377 e 1.405/1.406. Foram declinados os fundamentos formadores da convicção do juízo, e o Tribunal Regional apreciou as questões relevantes para o deslinde da controvérsia, configurando-se efetiva prestação jurisdicional, não havendo falar, por conseguinte, em violação aos arts. 93, inc. IX, da Constituição da República, 832 da CLT e 458, inc. II, do CPC.

Em se tratando de arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, é inviável a configuração de ofensa ao art. 5º, incs. II, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República, a teor da Orientação Jurisprudencial 115 da SBDI-1 desta Corte, incidente na espécie. Vale registrar, ainda, que a Orientação Jurisprudencial 118 da SBDI-1 estabelece que, “havendo tese explícita sobre a matéria, na decisão recorrida, desnecessário contenha nela referência expressa do dispositivo legal para ter-se como prequestionado este”.

Não conheço.

2.1.3. PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA

O Tribunal de origem rejeitou a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, suscitada pelo reclamado, nos seguintes termos:

“Não houve o alegado cerceamento de defesa. Todas as perguntas dirigidas às testemunhas e indeferidas pelo Juiz nenhuma relação tinham com os fatos objeto da *litiscontestatio*. A ressalva aposta na ata da audiência (fl. 1186) pelo ilustre advogado do Recorrente nenhum valor pode ter e a sentença está correta ao repeli-la. Os atos imputados ao Juiz não estão provados e tendo ele o poder de dirigir amplamente o processo, pode licitamente determinar a realização de qualquer diligência necessária a formar o seu convencimento, ainda que revendo posicionamento anterior adotado por outro juiz que atuou no processo. A matéria foi devida e corretamente apreciada pela sentença recorrida nas alíneas *a* a *d* do item 2.2 (fls. 1194/1195). Rejeito.” (fls. 1.365)

O reclamado, em seu Recurso de Revista, reitera a argüição de cerceamento de defesa. Sustenta que, “conforme se vê da citada ata da audiência de instrução, inúmeras perguntas do recorrente, foram indeferidas, desmotivadamente, ao passo que da reclamante, ora recorrida, sequer uma foi indeferida” (fls. 1.460). Aponta violação ao art. 5º, inc. LV, da Constituição da República.

Inicialmente, cumpre salientar que vige no sistema processual brasileiro o princípio da livre persuasão racional, consagrado no art. 131 do CPC, segundo o qual o juiz tem liberdade para examinar a prova; devendo, todavia, fundamentar racionalmente as conclusões fáticas a que chegou.

Assim, se o juiz já havia formado sua convicção e indeferiu as perguntas por serem irrelevantes para o deslinde da controvérsia, tal conduta não pode ser tida como cerceio do direito de defesa. Incólume, portanto, o art. 5º, inc. LV, da Constituição da República.

Logo, *não conheço*.

2.1.4. PRESCRIÇÃO

O Tribunal Regional consignou o seguinte entendimento:

“O dano em decorrência de doença profissional, por culpa do empregador, não surge imediatamente com o seu diagnóstico. *Trata-se de ato continuado que só se consuma a partir do momento em que o*

JURISPRUDÊNCIA

empregado se aposenta por invalidez. Como a Recorrida aposentou-se em 19 de maio de 2000 (fl. 2), não ocorreu a alegada prescrição total, vez que a Reclamação foi ajuizada em 27.06.2001. Apenas a prescrição parcial pode ser acolhida, como corretamente entendeu a sentença” (fls. 1.368, sem grifo no original).

O reclamado sustenta que “haveria uma data certa e determinada para o início do surgimento dos sintomas de tal suposta patologia, o que marca o prazo decadencial de dois anos para a propositura da ação acidentária” (fls. 1461). Aponta violação ao art. 7º, inc. XXIX, alínea *a*, da Constituição da República.

Não vislumbro afronta do art. 7º, inc. XXIX, da Constituição da República, eis que o mencionado dispositivo não cuida da matéria relativa aos efeitos da aposentadoria por invalidez, tratando apenas, de forma genérica, dos prazos prescricionais.

Não conheço.

2.1.5. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

O reclamado sustenta que está previsto no § 3º da Cláusula Quinta do Acordo Coletivo juntado aos autos que os *honorários são recebidos de terceiros estranhos à relação de emprego*, não sendo sua a obrigação de pagar verba eventualmente não recebida pela reclamante. Afirma que a reclamante, retornando ao trabalho, havia perdido a função de advogada em razão de a licença-saúde ter sido superior a noventa dias. Sustenta que “somente seriam devidos os honorários nos primeiros 90 dias após o primeiro afastamento de licença-saúde, ou seja, está provado nos autos que a licença-saúde inicial ocorreu em 08.04.97” (fls. 1.463). Aponta violação aos arts. 5º, inc. II, XXXVI, LV, 7º, inc. XXVI, e 8º, incs. III e VI, da Constituição da República, 818 da CLT.

O Tribunal Regional, quanto ao tema em destaque, asseverou o seguinte:

“Conforme já afirmado quando do julgamento de preliminar levantada pela Recorrente, não há dúvida que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado e não à parte que representa. É certo, também, que referidos honorários são recebidos pela ASABB, associação representante dos advogados do Banco do Brasil, e por ela distribuídos, em partes iguais, para todos os advogados que estejam em efetivo exercício da atividade, no âmbito do Banco do Brasil, conforme disciplinado pelo art. 7º dos Estatutos (fl. 1207).

JURISPRUDÊNCIA

A recorrida não recebeu sua participação porque o Recorrente não providenciou no sentido de que fosse comunicado o seu retorno ao trabalho no período de 03/08/98 a 4/10/98. Assim, deve o Recorrente responder pelo pagamento dos honorários de sucumbência relativamente ao mencionado período, como corretamente entendeu a sentença” (fls. 1369).

“Conforme já examinado quando do julgamento do recurso do Banco, os honorários da sucumbência, segundo dispõe o art. 7º do Estatuto da ASABB (fl. 789), associação criada pelos advogados do Banco do Brasil com a finalidade, dentre outras, de equacionar e regulamentar a matéria pertinente aos honorários advocatícios a que fazem jus, determina que só participam do rateio dos honorários de sucumbência, o advogado que exerça cargo privativo de advogado, vinculado a uma unidade jurídica e que esteja em efetivo exercício de atividades jurídicas no âmbito do Banco do Brasil.

De maio de 1997 a 19/5/2000, com exceção do período de 03/9/98 a 4/10/98, a Recorrente esteve afastada do serviço, em gozo de auxílio-doença, ou seja, sem estar no efetivo exercício de atividades jurídicas. Entretanto, conforme confessou o preposto do Recorrido à fl. 1181, ‘nos afastamentos por motivo de saúde, o Banco, *de acordo com o seu Regulamento*, mantém o funcionário no cargo por noventa dias e, conseqüentemente, nesse período, o advogado afastado por motivo de saúde continua recebendo os honorários pela ASABB’.

A Recorrente, durante o mencionado período de maio de 1997 a 19.05.2000 foi, na realidade, afastada duas vezes em razão de licença concedida pelo INSS para tratamento de saúde: em 08.04.1997 em razão de auxílio-doença acidentário e em 05.10.1998, em gozo de auxílio-doença (fl. 779).

A sentença só deferiu os honorários de sucumbência relativamente ao período de 3/8/98 a 4/10/98, em que a Recorrente permaneceu à disposição do Recorrido após o seu retorno do primeiro afastamento.

Assim, de acordo com a confissão do Recorrido, tem a Recorrente, também, o direito de receber os honorários de sucumbência relativamente aos primeiros noventa dias após cada afastamento, ou seja, nos períodos de 8/4/97 a 8/7/97 e de 2/10/98 a 2/01/99, cuja apuração se fará como determinado pela sentença.” (fls. 1.374, sem grifo no original)

Na hipótese, a decisão regional amparou-se no Regulamento que rege a matéria em debate.

JURISPRUDÊNCIA

Assim, tendo o Tribunal Regional consignado que, “conforme confessou o preposto do Recorrido à fl. 1181, ‘nos afastamentos por motivo de saúde, o Banco, de acordo com o seu Regulamento, mantém o funcionário no cargo por noventa dias e, conseqüentemente, nesse período, o advogado afastado por motivo de saúde continua recebendo os honorários pela ASABB” (fls. 1.374), as pretensões do reclamado esbarram no óbice da Súmula 126 do TST, ante a impossibilidade de revolvimento de matéria fática nesta instância extraordinária.

Assim, não há falar em violação aos dispositivos mencionados.

Não conheço.

2.1.6. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO

O Tribunal de origem manteve a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, nos seguintes termos:

“A sentença reconheceu ter a Recorrida sofrido dano moral em decorrência da perseguição de seu chefe, durante o período em que trabalhou junto ao Núcleo Jurídico do Banco do Brasil, em Montes Claros e condenou a Recorrente a pagar-lhe indenização cujo valor foi fixado em R\$ 100.000,00.

A Recorrida sofreu doença profissional que a impossibilitou parcialmente para o trabalho, desde 1989 quando, também, foi constatado estar ela acometida de ansiedade e depressão (fl. 36). Sua remoção para o Núcleo Jurídico do Recorrente, em Montes Claros, objetivou, sobretudo, sua readaptação profissional. Tratava-se, portanto, de uma empregada já atingida pelo infortúnio e acometida de séria doença não profissional, ou seja, a depressão bipolar, que a levou a aposentar-se por invalidez, precocemente. Merecia, portanto, toda a atenção e a compreensão de sua chefia e dos seus colegas de profissão, devendo ser tratada com cortesia e, mesmo, com a ajuda e amparo de todos. A prova oral produzida, porém, confirmou sua alegação feita na inicial em relação ao rude tratamento recebido de seu chefe, fazendo-a enfrentar um ambiente hostil. A primeira testemunha ouvida, Irlene Gonçalves Brandão, afirmou que a Recorrida, quando transferida para o quadro jurídico aparentava gozar de boa saúde, tendo bom relacionamento com os colegas do setor, exceto com o chefe, Dr. Sebastião Praes, com quem tinha alguns problemas, que se referiam a questões relacionadas ao trabalho, sendo que, segundo sua percepção ‘o tratamento dispensado pela chefia à Reclamante era de hostilidade’. Informou, também, haver

JURISPRUDÊNCIA

presenciado atrito entre a Reclamante e o Dr. Sebastião Praes, do qual resultou a necessidade de ser a Recorrida conduzida ao setor médico, o que foi feito pela depoente e pelo Dr. Bispo. Declarou, mais, que era costume do Dr. Sebastião Praes ‘escrever coisas censurando algum funcionário’, recordando-se de haver recebido uma correspondência desse teor, referindo-se à Reclamante. Esclareceu, ainda, que ‘quando a Reclamante retornou do afastamento por motivo de saúde, em 1998, a mesma foi colocada pela chefia para trabalhar na biblioteca com os estagiários, achando a depoente que a Reclamante ficava ali sem fazer nada’ (fls. 1182/1183). A segunda testemunha ouvida (fl. 1183) declarou que trabalhou como gerente de expediente do Recorrente e que, no período de fevereiro de 1992 até junho de 1995 trabalhou com a Reclamante, que não teve qualquer problema de relacionamento com o depoente e demais empregados do setor.

A primeira testemunha arrolada pelo Recorrente (fls. 1183/1184) declarou que sabia da existência de algumas divergências entre a Recorrida e o Dr. Sebastião Praes. Já a segunda testemunha (fls. 1184/1185) informou que ‘quando a Reclamante retornou do afastamento, o chefe do jurídico era o Dr. Sebastião Praes e o mesmo não passava serviços jurídicos para a Reclamante e, por isto, ela ficava estudando’ e que, ‘a Reclamante tinha desentendimentos com o chefe Sebastião Praes’, os quais surgiram em razão de teses levantadas, falta de habilidade tanto de uma parte como de outra e que ‘as coisas desandaram, ficando complicado o relacionamento’.

Não há dúvida, portanto, de que a Recorrida foi perseguida por seu chefe, que chegava a dirigir a outros advogados do Banco, por carta, comentários desabonadores sobre a Recorrida. A esta não se distribuía qualquer serviço de natureza jurídica, permanecendo ela na biblioteca junto com os estagiários, lendo ou estudando, ou sem nada fazer. O tratamento agressivo e discriminatório recebido certamente contribuiu para agravar a moléstia da Recorrida, levando-a a aposentar por invalidez. Mas, inquestionavelmente, houve ofensa à honra, à imagem e à dignidade da Recorrida, existindo nexos causal entre o dano e o ato culposos do preposto do Recorrente, devendo este responder pela indenização devida, nos termos do inciso III do art. 1.521 do CC.

O dano moral não tem seu valor monetário tarifado. A indenização correspondente deve ser fixada tendo-se em vista a situação econômica do agressor e a da vítima e a gravidade da agressão. Esta, no caso dos autos, foi bastante grave, como demonstrado. Embora a indenização

JURISPRUDÊNCIA

não se preste para enriquecer a vítima, deve ser sentida pelo agressor, ainda que para efeito pedagógico, evitando-se a repetição da prática do ato. Assim sendo, considerando a situação econômica do Recorrente, não é excessivo o valor de R\$ 100.000,00 arbitrado pela sentença a título de indenização pela reparação do dano. A sentença, nesta parte, está correta e merece ser confirmada por seus próprios fundamentos. Desprovejo.” (fls. 1.370/1.372)

Em seu Recurso de Revista, o reclamado aduz que a reclamante não sofreu qualquer violação a seus direitos de personalidade. Indica ofensa aos arts. 5º, inc. X, da Constituição da República, 159 e 1.521, inc. III, do Código Civil.

Consoante se depreende do acórdão regional, a prova revela que a reclamante sofria de doença que não estava vinculada à atividade profissional desenvolvida no banco e que, por essa razão, registraram-se dificuldades no relacionamento com o chefe do núcleo jurídico, onde estava lotada.

Por divergência, o Recurso não se justifica. O aresto colacionado para cotejo (fls. 1.468) não se apresenta específico ao caso em exame, visto que se refere a situações vexatórias e prejuízo pecuniário, temas que não foram abordados no acórdão ora recorrido, além de não abordar o tema atinente ao difícil relacionamento entre a reclamante e o chefe do núcleo onde estava lotada (Súmula 296, do TST).

No entanto, a meu juízo, está presente a violação aos arts. 5º, inc. X, da Constituição da República e 159 e 1.521, inc. III, do Código Civil de 1916 (arts. 186 e 932, inc. III, do Código Civil de 2002).

Com efeito, nem sempre o difícil relacionamento entre o chefe e o subordinado gera dano moral, embora a seqüência dos fatos, vistos sob a ótica de quem se encontra em situação de subordinação, temperada com os elementos históricos e psicológicos de ambos, possa extrapolar os limites da mera divergência no exercício das tarefas.

Nessa linha, pode esse difícil relacionamento entre o chefe e o subordinado, eventualmente, ser ofensivo para este, se o tratamento que o chefe lhe dispensa vier permeado pelo propósito de humilhar ou de reduzir sua importância no contexto da unidade profissional.

No caso concreto, entretanto, segundo se extrai do acórdão regional, o tratamento do preposto do reclamado à reclamante não revela humilhação; pelo contrário, esclarece o Tribunal Regional que o Banco reclamado procurou readaptar a reclamante, que ficara impossibilitada parcialmente para o trabalho

JURISPRUDÊNCIA

por algum tempo, e ainda que foi constatado estar ela acometida de ansiedade e depressão bipolar, segundo o Tribunal Regional, doença não profissional, em razão da qual a reclamante se aposentou por invalidez.

Para corroborar a ausência denexo de causalidade entre o tratamento dispensado à reclamante no trabalho e o dano é bastante anotar que ao rejeitar o pedido de indenização por danos físicos, o Tribunal Regional revelou, *verbis*:

“Realizada a perícia, concluiu o perito oficial que ‘a Autora não é portadora de patologia osteomuscular relacionada ao trabalho’ e que ‘o quadro psiquiátrico associado ao distúrbio Tiroidiano explicam as manifestações apresentadas’. Todos os testes relativos ao exame osteomuscular realizados pelo perito foram negativos (fl. 1040).

Conforme esclareceu a perícia (fl. 1044 a 1161), a recorrente foi aposentada pelo INSS por invalidez em decorrência de seu quadro psiquiátrico (depressão bipolar), sendo certo que desde 1989 já apresentava os sintomas de referida doença, além dos relativos aos DORT (fl. 36).

Está provado, também, que o Recorrido procurou readaptar a Recorrente, inclusive lotando-a no seu núcleo jurídico, onde passou a exercer a função de advogada.” (fls. 1.372/1.373)

Ainda do acórdão regional, extrai-se a seguinte apuração dos fatos na análise do pedido de indenização por dano moral:

“A primeira testemunha arrolada pelo Recorrente (fls. 1183/1184) declarou que sabia da existência de algumas divergências entre a Recorrida e o Dr. Sebastião Praes. Já a segunda testemunha (fls. 1184/1185) informou que ‘quando a Reclamante retornou do afastamento, o chefe do jurídico era o Dr. Sebastião Praes e o mesmo não passava serviços jurídicos para a Reclamante e, por isto, ela ficava estudando’ e que, ‘a Reclamante tinha desentendimentos com o chefe Sebastião Praes’, os quais surgiram em razão de teses levantadas, falta de habilidade tanto de uma parte como de outra e que ‘as coisas desandaram, ficando complicado o relacionamento’.” (fl. 1.371 sem grifo no original)

Do exame dos fatos extraídos do acórdão regional, vê-se que estão ausentes os pressupostos ensejadores do dever de indenizar, dado que o mau relacionamento ou as divergências de entendimentos no ambiente de trabalho tal como narrado pelo Tribunal Regional não passaram de meras divergências entre advogados, nem ficou revelado qualquer propósito de humilhar a reclamante no seio da unidade profissional onde ambos trabalhavam.

JURISPRUDÊNCIA

Para a configuração do dano moral concorrem três pressupostos básicos, a saber: o dano propriamente dito; a culpa ou dolo do agente a quem se imputa a ação ou omissão; o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Na espécie, contudo, do que se extrai do acórdão recorrido, nem mesmo o dano se configurou, porque o sofrimento da reclamante não decorreu de ato do preposto do reclamado, conforme reconheceu o Tribunal Regional quando recusou o pedido de pensão vitalícia, *verbis*:

“Conforme já declarado e reconhecido neste voto, a *Recorrente aposentou-se por invalidez resultante de doença mental, que nenhum nexo tem com o trabalho realizado para o Recorrido, ao qual não se pode imputar a prática de qualquer ato culposos*, como já demonstrado quando o pedido de indenização por danos físicos. A alegação da recorrente (fl. 1258) de que gozava de boa saúde quando foi trabalhar no NUJUR de Montes Claros e que, somente após o *sofrimento que ali lhe foi imposto teria entrado em depressão, é desmentida pelo documento de fl. 36*, trazido aos autos com a inicial, pelo qual ficou demonstrado que em abril de 1989 já era portadora da mencionada doença”. (fl. 1.375 sem grifo no original)

Conheço do Recurso de Revista por violação aos arts. 5º, inc. X, da Constituição da República e 159 e 1.521, inc. III, do Código Civil de 1916 (arts. 186 e 932, inc. III, do Código Civil de 2002).

2.2. MÉRITO

2.2.1. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO

Em face do conhecimento do Recurso por violação aos arts. 5º, inc. X, da Constituição da República e 159 e 1.521, inc. III, do Código Civil de 1916 (arts. 186 e 932, inc. III, do Código Civil de 2002), *dou-lhe provimento* para, reformando o acórdão regional, julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – negar provimento ao Agravo de Instrumento; II – conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema “Dano Moral – Configuração”, por violação aos arts. 5º, inc. X, da Constituição da República e 159 e

JURISPRUDÊNCIA

1.521, inc. III, do Código Civil de 1916 (arts. 186 e 932, inc. III, do Código Civil de 2002), e, no mérito, dar-lhe provimento para, reformando o acórdão regional, julgar improcedente o pedido de indenização por dano moral.

Brasília, 13 de junho de 2007. *João Batista Brito Pereira*, relator.

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. JUSTA CAUSA

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. JUSTA CAUSA. DESCONSTITUIÇÃO. A responsabilidade civil do empregador pela indenização decorrente de dano moral pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam a prática de ato ilícito ou com abuso de direito (culpa/dolo), o dano propriamente (prejuízo material ou o sofrimento moral) e o nexu causal entre o ato praticado pelo empregador ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador. In casu, todavia, não ficaram demonstrados os prejuízos material e/ou moral alegados. Ademais, esta Corte Superior tem entendido que a desconstituição da demissão por justa causa não pode ser considerada, isoladamente, como motivo caracterizador de dano moral.

Recurso de revista a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RR-233/2001-016-05-00 – Ac. 5ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-233/2001-016-05-00.0, em que é Recorrente Fábio César Santos Silva e Recorrida Transportadora Itapemirim S.A.

A Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, mediante o acórdão de fls. 598/605, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Reclamante, mantendo na íntegra a sentença de primeiro grau em que se indeferiu o pedido de indenização por dano moral.

Aos embargos de declaração opostos pelo Reclamante (fls. 608/613), foi negado provimento, nos termos da decisão de fls. 632/633.

Inconformado, o Reclamante interpôs recurso de revista (fls. 636/648), com fulcro na alínea *a* do art. 896 da CLT. Em seu arrazoado, sustentou ter sido demonstrada a existência de dano moral, sendo devido o pagamento da indenização respectiva. Colacionou arestos para demonstrar dissenso de teses.

O recurso de revista foi admitido pela decisão de fls. 650/651.

JURISPRUDÊNCIA

A Reclamada ofereceu contra-razões ao recurso de revista (fls. 653/660).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho, em virtude do previsto no art. 82 do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO

A Décima Sexta Vara do Trabalho de Salvador julgou improcedente a presente ação, em que postula o Reclamante reparação por dano moral supostamente sofrido, em face da demissão por justa causa, posteriormente afastada por decisão judicial. Adotou, para tanto, a seguinte fundamentação:

“Não há nos autos o mais ténue indício de que a imputação tenha chegado ao conhecimento dos amigos e familiares do vindicante, tampouco de que essa lhe tenha trazido conflitos psíquicos de grande magnitude, não havendo notícia de que esteja em tratamento por depressão ou qualquer outro distúrbio mental.

Restaria, por conseguinte, acobertar a demanda operária, o comportamento posterior atribuído à reclamada, que, torpemente, estaria obstaculizando seu acesso a outros empregadores por meio da divulgação de aleivosias. (...)

O *onus probandi* da efetivação do dano, reitere-se, era do demandante e deste ele não se desvencilhou, não o socorrendo as pouco confiáveis testemunhas por ele arroladas. Mas isto não é tudo. O vetor da reclamação foi, antes de mais nada, o prejuízo que estaria sofrendo, nas esferas material e extrapatrimonial, pela impossibilidade de obter novo emprego. Nada mais falso. O reclamante, revelam as cópias de sua CTPS, conseguiu novo trabalho em março de 1999, coincidentemente cerca de um mês antes do ingresso da primeira ação, e logrou nada menos que três outras admissões antes do aforamento do presente dissídio, a que se somam cinco posteriores, estando, até onde consta da documentação, empregado.” (fls. 541/542)

O Tribunal Regional, por meio do acórdão de fls. 598/605, negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Reclamante, por entender não

JURISPRUDÊNCIA

ter sido demonstrado que o dano moral suscitado tenha provocado conseqüências capazes de abalar a integridade física ou psíquica do Reclamante, que sequer requereu perícia técnica para comprovar eventual sofrimento, ou impedido nova colocação no mercado de trabalho. Consignou que “a condição de ímprobo invocada pela demandada como justificativa da justa causa que revestiu a rescisão contratual, ainda que não comprovada nos autos da Reclamação Trabalhista nº 01.03.99.0759-01, pela empresa que detinha o ônus de prová-la, não se resume capaz de, por si só, proporcionar as indenizações postuladas” (fls. 599). Asseverou que a compensação patrimonial pela dispensa imotivada foi suprida pelo pagamento das verbas rescisórias, não cabendo a indenização por supostos prejuízos financeiros, cuja ocorrência ou nexo de causalidade com o comportamento doloso imputado à Reclamada não foram provados.

O Reclamante alega que o dano moral suscitado fora devidamente demonstrado, pois, desde a despedida sem justa causa, carrega a pecha de ímprobo. Indica divergência jurisprudencial, como o modelo transcrito a fls. 642, em que se registra a tese de que “cabe a condenação na indenização por dano moral quando o trabalhador é despedido sob a alegação de justa causa, fundada em ato de improbidade, que não resta provado. A configuração do dano moral prescinde de prova efetiva de sua ocorrência, visto que a lesão causada no ofendido opera-se em seu âmbito subjetivo”.

Conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO

De fato, conforme explicitado pelo Tribunal Regional, não há dano moral a ser indenizado.

A responsabilidade civil do empregador pela indenização decorrente de dano moral pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam a prática de ato ilícito ou com abuso de direito (culpa/dolo), o dano propriamente (prejuízo material ou o sofrimento moral) e o nexo causal entre o ato praticado pelo empregador ou por seus prepostos e o dano sofrido pelo trabalhador.

O fato danoso imputado ao Reclamado seria a não-comprovação dos atos de improbidade que teriam ensejado a demissão por justa causa.

Todavia, não ficaram demonstrados os prejuízos material e/ou moral alegados. Conforme consta das decisões ordinárias, de acordo com o registro

JURISPRUDÊNCIA

na CTPS, o Reclamante conseguiu colocação no mercado de trabalho pouco mais de 1 (um) mês após a rescisão do contrato de trabalho e, por outro lado, não logrou demonstrar tenha passado por sofrimento ao ter que justificar sua demissão aos familiares e amigos.

Ademais, esta Corte Superior tem entendido que a desconstituição da demissão por justa causa não pode ser considerada, isoladamente, como motivo caracterizador de dano moral. Nesse sentido, transcrevo as seguintes decisões, *verbis*:

“JUSTA CAUSA DESCONSTITUÍDA EM JUÍZO. DESPEDIDA IMOTIVADA. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. Para que haja reparação por danos morais em caso de desconstituição da despedida por justa causa, é mister a apuração da conduta ilícita do empregador, o dano provocado e a relação de causalidade entre uma e outra. Assim é porque a responsabilidade civil do empregador pela indenização correspondente ao dano moral, depende de prova. Por isso que a dispensa do empregado não é, por si só, capaz de inferir responsabilidade por danos morais, acarretando para o empregador, apenas, o respectivo pagamento integral dos títulos próprios da despedida imotivada, sendo este, portanto, o momento próprio para os acertos pertinentes” (RR 1.288/2002-015-15-0, Ministro Brito Pereira, DJ 17.10.2005).

“DANO MORAL. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. INQUÉRITO POLICIAL. 1. Pedido de indenização por danos morais formulado por empregado, em razão da não comprovação em Juízo da acusação de ato de improbidade, a ensejar a sua dispensa por justa causa. 2. A ausência de comprovação do alegado ato de improbidade não traduz, por si só, dano moral. A caracterização do dano moral pressupõe, necessariamente, a existência de prova inequívoca de prejuízo à imagem, à honra ou à boa fama da pessoa, do ponto de vista pessoal, familiar e social. 3. Configura-se o dano moral se, além da dispensa do empregado em virtude de suposto ato de improbidade não comprovado, há também a instauração de inquérito policial em decorrência do mesmo fato. A inafastável publicidade daí oriunda atinge de forma indelével a honra da pessoa. 4. Embargos do Reclamante conhecidos, por violação ao art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal e ao art. 159, do Código Civil de 1916, e providos para restabelecer a sentença condenatória de origem, no particular” (E-RR-1.197/2000-032-12-00, SBDI-1, Min. João Oreste Dalazen, DJ 29.04.2005).

JURISPRUDÊNCIA

“JUSTA CAUSA. DESCARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO. O fato de o Empregador não conseguir comprovar, perante o Judiciário, a justa causa imputada a seu Empregado, não significa dizer que aquele fique obrigado a indenizar seu Empregado por dano moral, eis que a lei coloca à disposição dos Empregadores a possibilidade de considerarem rescindido o contrato de trabalho, quando o trabalhador tiver procedimento enquadrável nas alíneas do art. 482 da CLT. Eventual dificuldade de se obter o perfeito enquadramento da conduta obreira no elenco do art. 482 Consolidado, em face da rigidez da descrição das hipóteses de justa causa, não pode dar azo, por si só, à imputação de violação da honra do Obreiro, ensejadora da indenização por dano moral. A não comprovação da justa causa já traz embutida a sanção relativa ao pagamento das verbas rescisórias próprias da dispensa imotivada, não podendo se somar a essas a indenização por dano moral, caso não comprovada devidamente a lesão à honra e boa fama do Empregado.” (RR 756.547/2001, Min. Ives Gandra Martins, DJ 05.09.2003).

Ante o exposto, nego provimento recurso.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 5 de abril de 2006. *Gelson de Azevedo*, relator.

DANO MORAL. INSUCESSO PROBATÓRIO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. NULIDADE DA APURAÇÃO SUMÁRIA. I – A apuração sumária ou sindicância do Processo Administrativo é equiparada ao inquérito policial, no qual não há acusação propriamente dita, o que afasta a observância stricto sensu da ampla defesa e do contraditório, que nesse primeiro momento são diferidos ou postergados para o início do processo. Não se divisa a alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. II – Recurso não conhecido. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. I –

JURISPRUDÊNCIA

O acórdão regional consignou a existência de fundamentação no processo administrativo. II – O recorrente carece de interesse recursal no ponto. Isso porque embora o processo administrativo, o qual reputa nulo, tenha concluído pela prática do ato de improbidade, fundamentador da demissão por justa causa, esta foi afastada em juízo, conforme se constata do acórdão embargado. III – Aresto oriundo de seção administrativa do Tribunal Superior do Trabalho não viabiliza o confronto de teses, segundo a dicção do art. 896, a, da CLT. IV – Recurso não conhecido. DANO MORAL. INSUCESSO PROBATÓRIO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. I – Não se pode dar pela ocorrência de dano moral mediante a simples constatação do nexo de causalidade entre o ato de dispensa por improbidade e o insucesso processual na sua comprovação. Isso porque a reparação do dano pressupõe a culpabilidade do ofensor, quer o seja a título de dolo ou de culpa, culpabilidade indiscernível na vicissitude processual do recorrido. II – A prevalecer a tese de o dano moral ser decorrência automática da não-comprovação do ato de improbidade na esfera judicial, estar-se-ia admitindo a responsabilidade objetiva do pretense ofensor, não contemplada na norma constitucional de regência. III – É imprescindível, assim, aquilatar em que condições se procedeu à imputação da prática do ato de improbidade para se aferir se essa teria decorrido de dolo ou culpa do empregador, ainda que o seja a título de culpa levíssima, a fim de assegurar ao agredido a devida reparação pecuniária. IV – Extrai-se do acórdão regional que a recorrida não procedeu com dolo nem com culpa sequer levíssima, na medida em que se utilizou moderadamente do poder de resolução contratual, estando amparado pela excludente de culpabilidade consubstanciada no exercício regular de direito assegurado por lei. V – Há de se convir que a subjetividade de que se reveste a interpretação da conduta reprovável atribuída ao empregado, mesmo que essa tenha consistido na prática de ato de improbidade, indica que a sua descaracterização pela decisão judicial, proveniente de mero insucesso probatório, não autoriza, por si só, a condenação em indenização por dano moral, exaurindo-se o direito do recorrente no âmbito da reparação prevista na Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso desprovido. REINTEGRAÇÃO. I – O art. 41 da Constituição Federal, que cuida da estabilidade no serviço após três anos de estágio probatório, não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista, mas somente aos poderes centrais da administração direta, autarquias e fundações públicas, conforme tipificação dada no próprio Título II, Capítulo VII, Seção II, da Constituição da República. II – Nesse sentido orienta-se a jurisprudência dominante nesta Corte, conforme se percebe do Precedente nº 247 da SDI-I, que pacificou o entendimento de ser possível a despedida imotivada de servidor público celetista concursado

JURISPRUDÊNCIA

de empresa pública ou sociedade de economia mista. III – O art. 7º, I, da Constituição Federal optou por dar prioridade à indenização compensatória em detrimento da estabilidade como forma de proteção da relação de emprego. IV – Recurso não conhecido.

(Processo nº TST-RR-1695/2003-003-16-00 – Ac. 4ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos Recurso de Revista, nº TST-RR-1695/2003-003-16-00.0, em que é Recorrente José de Ribamar Borgneth de Araújo e Recorrida Caixa Econômica Federal – CEF.

O TRT da 16ª Região, pelo acórdão de fls. 800/808, negou provimento ao recurso ordinário do reclamante.

Foram interpostos embargos de declaração, fls. 813/824, os quais foram rejeitados pela decisão de fls. 837/841.

O reclamante interpõe recurso de revista, fls. 843/863, com arrimo nas alíneas *a* e *c* do art. 896 da CLT, pretendendo a reforma da decisão, nos seguintes temas: nulidade da apuração sumária, ausência de fundamentação da decisão no processo administrativo, reintegração e indenização por dano moral.

O apelo foi admitido pelo despacho de fls. 867/868.

Contra-razões apresentadas às fls. 870/884.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1 – CONHECIMENTO

NULIDADE DA APURAÇÃO SUMÁRIA

O recorrente sustenta a nulidade da apuração sumária, por falta ou deficiência na comunicação dos atos, o que prejudicou o contraditório e a ampla defesa. Aponta violação ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Colaciona arestos à divergência jurisprudencial.

Inicialmente, cumpre salientar que arestos oriundos do Tribunal Regional Federal ou do Supremo Tribunal Federal não se prestam ao confronto de teses em sede de recurso de revista, a teor do que dispõe o art. 896, *a*, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

O acórdão regional consignou:

“Ao revés das alegações do autor, a apuração sumária dispensa procedimento formal por se tratar de meio conciso de apuração de irregularidades praticadas no serviço para posterior instauração do processo disciplinar, oportunidade esta em que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser observados com rigor sob pena de nulidade.” (fls. 803)

Nesse contexto, não se divisa a alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Isso porque a apuração sumária ou sindicância do Processo Administrativo é equiparada ao inquérito policial, no qual não há acusação propriamente dita, o que afasta a observância *stricto sensu* da ampla defesa e do contraditório, que nesse primeiro momento são diferidos ou postergados para o início do processo.

É nesse sentido o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, *in* Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed., p. 664/665:

“Sindicância administrativa é o meio sumário de elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator. Pode ser iniciada com ou sem sindicato, bastando que haja indicação da falta a apurar. Não tem procedimento formal, nem exigência de comissão sindicante, podendo ser realizar-se por um ou mais funcionários designados pela autoridade competente. Dispensa defesa do sindicato e publicidade no seu procedimento, por se tratar de simples expediente de verificação de irregularidades, e não de base para punição equiparável ao inquérito policial em relação à ação penal.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *in* Direito Administrativo, 14. ed., p. 521, também sinaliza para a equiparação da sindicância ao inquérito policial, ao afirmar: “... a sindicância seria uma fase preliminar à instauração do processo administrativo; corresponderia ao inquérito policial que se realiza antes do processo penal.”

Não se verifica ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Não conheço.

1.2 – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO

O reclamante aduz a nulidade do processo administrativo, no qual se concluiu pela prática de ato de improbidade, o que culminou em sua demissão por justa causa. Afirma que a decisão administrativa não foi fundamentada.

JURISPRUDÊNCIA

Alega que a retificação da imputação da falta grave ao empregado, incurso inicialmente na alínea *a*, quando em verdade se pretendia enquadrar sua conduta na alínea *e*, não constituiu erro material, mas em admissão implícita da reclamada de que o empregado não cometeu ato de improbidade. Discorre sobre a improcedência da alegação de prática de ato de improbidade ou de conduta desidiosa ou indisciplinada por parte do empregado, reportando-se aos relatórios finais da apuração sumária.

Sustenta, ainda, a nulidade do processo administrativo porque a apuração sumária somente foi instaurada após decorridos mais de cinco meses da prática do ato pelo reclamante, afirmando a ocorrência de perdão tácito. Colaciona aresto ao cotejo de teses.

Em que pese a extensa argumentação do recorrente, o recurso de revista não se viabiliza ao conhecimento. Ocorre que está fundamentado unicamente no aresto de fls. 849, o qual, segundo a norma prevista no art. 896, *a*, da CLT é inservível ao confronto de teses, porque constituiu decisão em recurso em matéria administrativa do TST. A menção ao art. 853 da CLT, nas razões do recurso, também não possibilita o conhecimento do apelo: primeiro, porque não foi prequestionado (Súmula 297 do TST); segundo, por tratar de matéria diversa da abordada no acórdão regional, uma vez que dispõe sobre inquérito para apuração de falta grave de empregado estável, hipótese diversa da que ocorre no presente caso.

Ademais, o recorrente carece de interesse recursal no ponto. Isso porque embora o processo administrativo, o qual reputa nulo, tenha concluído pela prática do ato de improbidade, justificador da demissão por justa causa, esta foi afastada em juízo (fls. 805), conforme se constata do acórdão embargado. Note-se que, afastada a justa causa na hipótese, o reclamante somente deixou de receber as verbas devidas pela demissão injusta por ausência de pedido a esse respeito.

Nesse contexto, a eventual declaração da nulidade do processo administrativo em nada aproveitaria ao recorrente, uma vez que o Tribunal Regional desclassificou a conduta do reclamante como ato de improbidade, afastando a justa causa.

Não conheço.

REINTEGRAÇÃO

O acórdão regional consignou:

JURISPRUDÊNCIA

“...no meu entender, houve desproporcionalidade entre a pena aplicada e o fato praticado pelo recorrente, discriminação na aplicação da pena, além do que inexistiu imediatidade da punição. Entrementes, afigura-se impossível a reintegração do obreiro no cargo anteriormente ocupado, eis que o mesmo não provou ser detentor de estabilidade no emprego.” (fls. 806)

Em sede de embargos de declaração, acrescentou:

“No que concerne à estabilidade, conquanto seja a reclamada integrante da administração indireta, seus empregados não têm o mesmo tratamento dispensado aos servidores efetivos da Administração Pública Direta, quanto às relações laborais.

(...)

A estabilidade somente é reconhecida ao servidor público de caráter efetivo, após 03 (três) anos de exercício, com a aprovação de estágio probatório. Ao contrário de empregados de empresa pública, que não adquirem a aludida estabilidade, podendo ser dispensados a qualquer tempo, com a concessão dos direitos trabalhistas.” (fls. 840)

O recorrente insurge-se contra o indeferimento da reintegração em face da desconstituição da demissão por justa causa, ao argumento de que embora não seja detentor da estabilidade prevista nos arts. 19 do ADCT e 41 da Constituição Federal, faz *jus* à garantia de emprego insculpida no art. 7º, I, da Constituição Federal. Argumenta que, embora a norma constitucional citada seja de eficácia limitada, dependendo de edição de lei complementar, sua garantia no emprego não pode ser obstada pela mora do legislador ordinário.

Sustenta que a reclamada é empresa pública, submetendo-se aos princípios do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, do que resulta a necessidade de motivação de seus atos, inexistente no caso da demissão.

Sem argüir preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, alega a omissão do julgado recorrido acerca da violação aos arts. 7º, I, 37, *caput*, 41 e 173, § 1º, da Constituição Federal, bem como no tocante à constitucionalidade do art. 19 do ADCT.

Por fim, sustenta que o documento de fls. 864, juntado em fase recursal com amparo na Súmula 8 do TST, autoriza a formalização de acordo extrajudicial para reintegração dos empregados demitidos sem justa causa, que defende ser o seu caso.

Inicialmente cumpre salientar a completa manifestação da decisão recorrida acerca dos dispositivos apontados no recurso de revista, conforme se

JURISPRUDÊNCIA

constata dos trechos citados. Passo a analisar o recurso pelo enfoque das referidas violações.

A exigência do concurso público a que se reporta o art. 37, II, da Constituição não altera o sentido e o alcance da norma do art. 173 daquele Texto, nem é capaz de sugerir a idéia de ter sido abolida a possibilidade de rescisão imotivada no cotejo com o art. 7º, inciso I, da mesma Constituição.

Isso porque, além de o art. 173 ser enfático ao equiparar as empresas públicas às pessoas jurídicas de Direito Privado, no que concerne, por exemplo, à aplicação do Direito do Trabalho, o art. 7º, inciso I, optou por dar prioridade à indenização compensatória em detrimento da estabilidade como forma de proteção da relação de emprego.

Desse modo, o art. 41 da referida Carta, que cuida da estabilidade no serviço após três anos de estágio probatório, não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista, mas somente aos poderes centrais da administração direta, autarquias e fundações públicas, conforme tipificação dada no próprio Título II, Capítulo VII, Seção II, da Constituição da República.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência dominante nesta Corte, conforme se percebe do Precedente nº 247 da SDI-1, que pacificou o entendimento de ser possível a despedida imotivada de servidor público celetista concursado de empresa pública ou sociedade de economia mista.

Embora o recorrente questione a constitucionalidade do art. 19 do ADCT, deixa de apontar qual o dispositivo da Constituição Federal a referida norma teria ofendido, para fim de eventual constatação de inconstitucionalidade incidental. A mera alegação de “duvidosa constitucionalidade” do dispositivo (fls. 854) não é suficiente para possibilitar o confronto analítico de normas constitucionais.

Também não socorre o recorrente o documento juntado às fls. 864, uma vez que se refere a acordos extrajudiciais feitos com empregados demitidos sem justa causa, já reintegrados por liminar ou sentença de primeiro grau, para pôr fim aos litígios. Não foi o que se verificou nestes autos. A transação ocorre por vontade das partes e, no caso, não houve manifestação da reclamada nesse sentido, a qual vem procedente em defesa da tese de impossibilidade de reintegração, tendo até mesmo contra-arrazoado o recurso de revista às fls. 870/884.

Não conheço.

JURISPRUDÊNCIA

DANO MORAL. INSUCESSO PROBATÓRIO DA IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO

O reclamante pretende seja deferido o dano moral postulado, decorrente de ato de improbidade a ele imputado e não comprovado pela reclamada. Aponta como ofendidos os arts. 187 e 927 do Código Civil, 1º, III, IV, e 5º, X, da Carta Magna, trazendo arestos para confronto.

O Regional, às fls. 807, consignou:

“O recorrente pleiteia a indenização por danos morais, pois no seu entender, ao lhe ser imputado o ato de improbidade, ferida foi sua honra subjetiva, merecendo, pois, a respectiva reparação.

Em que pesem seus argumentos, razão não lhe assiste, pois o fato de o reclamante ser despedido por justa causa, com base na improbidade, por si só, não constitui ofensa à honra. Ademais, o próprio reclamante declarou que errou ao liberar o FGTS de outro empregado.

Como bem entendeu a sentença de primeiro grau, não houve dano à honra do recorrente que ensejasse reparação.”

Desse trecho percebe-se que a tese central do Regional é a de que o não-reconhecimento judicial do ato de improbidade imputado ao empregado não tipifica, por si só, o dano moral, da qual diverge o aresto suscitado às fls. 860, em que fora adotada a tese antagônica de que a dispensa por justa causa decorrente de ato de improbidade não comprovado judicialmente enseja o pagamento da indenização por dano moral, estando aí materializada a especificidade da dissensão pretoriana, na conformidade da Súmula nº 296.

Conheço do recurso, por divergência jurisprudencial.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL. INSUCESSO PROBATÓRIO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. NÃO-CARACTERIZAÇÃO

A Constituição da República de 1988 veio, em boa hora, corrigir os rumos que a doutrina e a jurisprudência vinham trilhando quanto à reparabilidade do dano moral, não fazendo distinção entre os danos moral e patrimonial, nem entre as consequências jurídicas da transgressão.

O dano moral na definição de Antônio Chaves “é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja

JURISPRUDÊNCIA

a dor física – dor-sensação como a denominava Carpenter –, nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento – de causa material”.

Já Ihering ensinava que “a pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São direitos que decorrem da própria personalidade humana. São emanções diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana”.

A reparabilidade do dano moral, sem dúvida, foi admitida amplamente no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, para todos os ramos do Direito, tendo a jurisprudência assimilado essa diretriz, segundo o julgamento proferido pelo STJ, 4ª T., Proc. REsp 8.768-SP, de 06.04.1992, em que foi relator o Min. Barros Monteiro, assim ementado: “Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização. Recurso especial conhecido e provido”.

Coroando essa orientação, a jurisprudência do STJ acabou sedimentada na Súmula nº 37, segundo a qual “São cabíveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundas do mesmo fato”, orientação igualmente discernível no Código Civil, em que os arts. 159 e 1.538 impõem a obrigação de reparar o dano causado, seja ele patrimonial ou moral.

No caso, porém, não se vislumbra o indigitado dano associado à intimidade, à vida, à honra e à imagem do recorrente, a despeito da improbidade que lhe fora imputada, em virtude de o Regional tê-la descartado invocando apenas ausência de prova de que agira com dolo ou culpa.

Significa dizer que não se pode dar pela ocorrência de dano moral mediante a simples constatação do nexos de causalidade entre o ato de dispensa por improbidade e o insucesso processual na sua comprovação. Isso porque a reparação do dano pressupõe a culpabilidade do ofensor, quer o seja a título de dolo ou de culpa, culpabilidade indiscernível na vicissitude processual do recorrido.

A prevalecer a tese de o dano moral ser decorrência automática da não-comprovação do ato de improbidade na esfera judicial, estar-se-ia admitindo a responsabilidade objetiva do pretense ofensor, não contemplada na norma

JURISPRUDÊNCIA

constitucional de regência. Por isso é imprescindível aquilatar em que condições se procedeu à imputação da prática do ato de improbidade para se aferir se essa teria decorrido de dolo ou culpa do empregador, ainda que o seja a título de culpa levíssima, a fim de assegurar ao agredido a devida reparação pecuniária.

Entretanto, segundo se extrai do acórdão regional, a recorrida não procedeu com dolo nem com culpa sequer levíssima. É que não se divisa do contexto probatório tivesse o recorrente sofrido tratamento humilhante por parte do ex-empregador, na medida em que se utilizou moderadamente do poder de resolução contratual, estando amparado pela excludente de culpabilidade consubstanciada no exercício regular de direito assegurado por lei. Aliás, não há notícia nos autos de que a imputação tivesse ultrapassado a esfera judicial, com eventual divulgação na imprensa, escrita ou falada, infirmando de vez a insinuada culpabilidade do empregador ao optar pelo despedimento por justa causa.

Há de se convir, de resto, que a subjetividade de que se reveste a interpretação da conduta reprovável atribuída ao empregado, mesmo que essa tenha consistido na prática de ato de improbidade, indica que a sua descaracterização pela decisão judicial, proveniente de mero insucesso probatório, não autoriza, por si só, a condenação em indenização por dano moral, exaurindo-se o direito do recorrente no âmbito da reparação prevista na Consolidação das Leis do Trabalho.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de revista.

Isto posto,

Acordam os Ministros da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema “Dano moral. Insucesso probatório da prática de ato de improbidade. Não caracterização”, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencido o Exmo. Sr. Ministro Milton de Moura França.

Brasília, 24 de maio de 2006. *Antonio José de Barros Levenhagen*, relator.

DANO MORAL. VIGILANTE. AGRESSÃO POLICIAL. RISCO DA ATIVIDADE

*RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR
NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.*

JURISPRUDÊNCIA

Prefacial não analisada, de acordo com o art. 249, § 2º, do CPC.

DANOS MORAIS. VIGILANTE. AGRESSÃO POLICIAL. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. CÓDIGO CIVIL, ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO.

1. *De acordo com a teoria do risco, é responsável aquele que dele se beneficia ou o cria, pela natureza de sua atividade. Este, o teor do art. 927, parágrafo único, do Código Civil: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.*

2. *Na hipótese, a Ré contratou o Reclamante para realização do serviço de vigilância. O empregado, no exercício das atividades contratualmente fixadas, acionou a polícia para conter ameaça de vandalização do patrimônio da Reclamada. Todavia, quando a polícia chegou ao local, os vândalos já haviam se retirado. O Recorrente reclamou da demora da polícia, motivo pelo qual foi agredido e detido.*

3. *Entre os riscos inerentes à atividade de vigilante, está o de que o vigia entre em confronto com outras pessoas na adequada prestação do serviço, objetivando garantir a segurança do patrimônio patronal.*

4. *Assim, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado que exerce a função de vigilante, não podendo este arcar com os prejuízos à sua integridade física e moral decorrentes do exercício das atividades contratualmente fixadas.*

Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido.

(Processo nº TST-RR-429/2004-657-09-00 – Ac. 3ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-429/2004-657-09-00.0, em que é Recorrente Valdir Furtado e Recorrida Viação Tamandaré Ltda.

O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em acórdão de fls. 221/234, complementado às fls. 251/275 e 284/290, deu parcial provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada.

A Reclamante interpõe Recurso de Revista, às fls. 292/306.

Despacho de admissibilidade, às fls. 309.

JURISPRUDÊNCIA

Contra-razões não apresentadas, conforme certidão às fls. 313.

Os autos não foram encaminhados ao D. Ministério Público do Trabalho, na forma do art. 82 do RI/TST.

É o relatório.

VOTO

REQUISITOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE.

Atendidos os requisitos extrínsecos de admissibilidade – tempestividade (fls. 291 e 292), representação processual (fls. 75) e efetuado o pagamento da multa determinada (fls. 307) –, passo ao exame do recurso.

I – PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Com base no art. 249, § 2º, do CPC, deixo de analisar a preliminar argüida e passo ao exame do mérito.

II – DANOS MORAIS. VIGILANTE. AGRESSÃO POLICIAL. TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE. CÓDIGO CIVIL, ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO

CONHECIMENTO

Conforme a narrativa das instâncias ordinárias, o Reclamante era vigilante da Reclamada. No dia 23.11.2002, ao ver que algumas pessoas iniciaram um tumulto em frente à garagem da Empresa e quebravam ônibus da sua propriedade, acionou a Polícia Militar. Todavia, quando os policiais chegaram ao local, os arruaceiros já haviam debandado. O Autor reclamou da demora da polícia e, em razão disso, foi espancado pelos policiais e conduzido à delegacia, onde ficou detido das 03h30m às 11h.

A Reclamada não prestou qualquer assistência ao empregado e o despediu três dias depois do ocorrido.

O Reclamante postulou o pagamento de danos morais, decorrentes da omissão da empresa, seja para interromper a agressão policial, seja por não ter lhe prestado assistência médica ou psicológica após a agressão dos policiais.

JURISPRUDÊNCIA

A sentença, às fls. 158/164, condenou a Ré ao pagamento de indenização por danos morais, fixados em R\$ 163.800,00 (cento e sessenta e três mil e oitocentos reais). Entendeu que a omissão da Ré, aliada à dispensa do empregado depois de três dias do ocorrido, ao argumento de que a demissão se deveria à contenção de despesas, ofendeu frontalmente a dignidade do Reclamante, que sofreu a agressão no exercício do seu dever profissional.

Ao julgar o Recurso da Reclamada, o Eg. Tribunal Regional reformou a sentença, excluindo a condenação ao pagamento da indenização. Entendeu que não houve qualquer ação ou omissão da Reclamada, pois a agressão foi praticada pelos policiais. Além disso, considerou que a agressão policial e a detenção decorreram de ato do próprio Reclamante, fora dos limites estabelecidos na relação contratual. Estes, os fundamentos do acórdão regional:

“Verifica-se dos autos que, o reclamante foi agredido por policiais, durante o exercício de sua função de vigia, no horário de trabalho, na frente da reclamada, em decorrência de ter convocado a polícia por estar havendo arruaça nas proximidades, com perigo de dano.

No entanto, não tendo havido qualquer ação ou omissão da reclamada, inexistente a obrigação de reparação por danos morais. Se a atitude dos policiais foi arbitrária, cabe ao reclamante postular reparação dos danos sofridos contra os mesmos, na esfera própria.

Nem se alegue que o reclamante não foi socorrido pela empresa e que não prestou qualquer assistência, pois este em seu depoimento (fl. 85) afirmou que seu superior hierárquico (Sr. Vilmar) não estava presente e não trabalha aos domingos.

Assim, as agressões dos policiais e sua detenção decorreram de ato do próprio reclamante, o que estaria fora dos limites do contrato de trabalho firmado com a reclamada. Se omissão da reclamada houve, foi na mesma qualidade de qualquer cidadão e não de empregador.” (fls. 228/229)

No Recurso de Revista, o Reclamante aponta ofensa aos arts. 1º, III e IV; 3º, I; 5º, V, X, XXIII; 7º, XXII, 170, *caput* e III; 193 e 225, todos da Constituição; 2º e 483, *a, b, e* da CLT; 113, 186, 187, 421, 422, 472 e 927, parágrafo único, do Código Civil. Colaciona arestos à divergência. Alega que a atitude da Ré, ao não lhe prestar qualquer assistência (médica e psicológica) quando foi agredido ou preso, e ao dispensá-lo imotivadamente após o ocorrido, constituiu dano moral a ser indenizado.

JURISPRUDÊNCIA

No caso em tela, o acórdão regional registra os depoimentos do preposto da Reclamada e de testemunha do Autor, que atestam a omissão da Empresa em vários momentos do ocorrido. Primeiro, apenas muito depois de o Reclamante estar sendo agredido, alguns empregados da Reclamada pediram aos policiais que parassem, como se vê no seguinte trecho de depoimento da testemunha do empregado, extraído do acórdão regional:

“(…) e até os fatos em frente à garagem não conhecia o reclamante; estava passando em frente à garagem, saindo da sociedade próxima e se dirigia para o carro o qual pegaria carona e presenciou as agressões dos policiais no reclamante; *alguns funcionários da reclamada presenciaram o fato, não sabendo identificar quem eram; ... os funcionários não intervieram a favor do reclamante e somente pararam as agressões quando um cidadão que saiu do outro barracão, que o depoente acha que também é funcionário, interveio; ...essa pessoa estava uniformizada; o depoente e seu acompanhante preferiram passar quietos porque ficaram com medo de sobrar para eles...*” (fls. 227/228 – destaquei)

Além disso, o Reclamante ficou detido na delegacia no período de três horas e meia às onze do dia seguinte, sem que a Reclamada tomasse qualquer atitude. Conforme o depoimento de preposto da Reclamada (fls. 227), citado pelo *decisum* recorrido, Marcelo, outro empregado, respondia pela empresa na ausência do gerente e, portanto, poderia prestar a devida assistência ao empregado – todavia, se limitou a ligar para a delegacia para se informar sobre a liberação do Reclamante. É o que se vê no seguinte trecho do depoimento, citado no acórdão:

“... Marcelo, operador de tráfego, que chegou por volta das 3:30/4:00 horas, escalado para aquele dia, conversou com os policiais para liberar o reclamante, mas os policiais disseram que se ele estava com dó, levariam junto o Marcelo; Marcelo tentou entrar em contato com o gerente Vilmar, primeiro pelo celular que a empresa fornece a Vilmar e depois, nas primeiras horas do dia, tentou no celular e na residência, mas não conseguiu contato; ... não existe nenhuma chefia responsável para atender emergências que surjam à noite; dependendo do fato Marcelo responde pela empresa; ... a partir das 8 horas soubemos que o autor já fora liberado pela polícia; souberam disso através de policiais que lancham na lanchonete em frente à empresa; Marcelo ligou para a delegacia pela manhã e o reclamante ainda estava preso, soube da liberação através de boatos; no domingo, como o reclamante já tinha sido liberado, sua família foi buscá-lo e a reclamada não tomou nenhuma providência; não houve desconto por falta a noite dos fatos e na noite

JURISPRUDÊNCIA

seguinte; ... no momento da abordagem policial o reclamante estava uniformizado, ocorrendo o fato na frente da empresa...” (fls. 227)

Por fim, a empresa demitiu o Reclamado três dias depois do ocorrido, sob o argumento de contenção de gastos, o que é confirmado no depoimento supramencionado.

É preceito incontroverso do Direito do Trabalho que o empregador assume toda a responsabilidade pelos riscos de sua atividade.

É por isso que o art. 2º da CLT estatui que o empregador assume os riscos *econômicos* do empreendimento. Embora o preceito disponha apenas a respeito dos riscos econômicos da atividade, sua responsabilidade não se limita a eles, mas a todos os riscos relacionados à sua atividade e que estejam relacionados à segurança dos seus empregados.

Além disso, o pagamento da indenização por dano moral, ao contrário do disposto no acórdão regional, não está, na espécie, condicionado à demonstração da culpa do empregador. O legislador ordinário atenuou o regime da responsabilidade subjetiva, previsto no Código Civil de 1916, ao incluir no novo Código Civil o parágrafo único do art. 927, que transcrevo:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, *por sua natureza*, risco para os direitos de outrem.” (destaquei)

Assim, o novo estatuto civil adotou, mormente em se tratando de atividade empresarial, a teoria do risco, que é explicada por Othon de Azevedo Lopes nos seguintes termos:

“A teoria do risco surgiu durante a crise do modelo de estado liberal em que a liberdade e a autonomia eram enfocados primordialmente sob um aspecto formal. Os próprios acidentes de trabalhos demonstraram que a liberdade e a autonomia não podem ser efetivamente exercidas apenas a partir de garantias formais. A razão de se condenar o empregador era o reconhecimento de um desnível material entre os envolvidos. O alargamento dos pressupostos visou sobretudo a resguardar a dignidade dos trabalhadores sob um ponto de vista substancial.

A adoção da teoria do risco, portanto, mostra-se como forma de possibilitar a distribuição equânime dos ônus sociais. A teoria do risco

JURISPRUDÊNCIA

apresenta variantes conforme critérios orientadores da equidade, assim se fala em risco proveito, em risco criado, em risco da empresa, em risco profissional, etc. qualquer que sejam esses critérios de atribuição de riscos, todos eles exigem a assunção voluntária da atividade que potencialmente pode gerar o risco e os danos dela decorrentes. Como Josserand já afirmava, não se trata de atribuir a alguém a responsabilidade por todos os riscos da humanidade, mas somente o risco que a pessoa criou, ou do qual ela retira benefícios, bem como os inerentes ao empreendimento ou ao exercício da profissão.

(...)

Assim, no modelo de responsabilidade por risco, mostra-se decisivo um especial perigo anormal que derive de um empreendimento, de instalações ou do próprio produto posto no mercado. O dano causado pelo risco será imputado àquele que tenha criado, ainda que lícita e autorizadamente, uma situação perigosa ou a alguém que tenha interesse na manutenção dessa situação de perigo. Essa teoria do risco foi expressamente positivada pelo parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil. Em tal modelo, busca-se proteger e resguardar os interesses de potenciais vítimas de danos surgidos de atividades perigosas.” (in: LOPES, Othon de Azevedo. *Responsabilidade jurídica: horizontes, teoria e linguagem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 330/331)

De acordo com a teoria do risco, portanto, é responsável pelo risco aquele que dele se beneficia ou o cria, pela natureza de sua atividade.

Na hipótese, a Ré contratou o Reclamante para realização do serviço de vigilância.

Entre os riscos inerentes a essa atividade está o de que o vigia entre em confronto com outras pessoas na adequada prestação do serviço, objetivando garantir a segurança do patrimônio patronal. É insofismável que o risco à saúde e à integridade física é parte essencial dessa atividade, da qual a empresa se beneficia em razão de ter o seu patrimônio melhor resguardado pela constante vigilância por seu empregado. Por esse motivo, em razão da teoria do risco, o empregador deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados ao empregado que exerce a função de vigilante, não podendo o obreiro arcar sozinho com os prejuízos à sua integridade física e moral decorrentes do exercício das atividades contratualmente fixadas.

É devida pela Reclamada, assim, a indenização por danos morais decorrentes de agressões sofridas por terceiro em razão do contrato de trabalho.

JURISPRUDÊNCIA

A propósito, veja-se o seguinte aresto desta Corte, que versa hipótese na qual instituição bancária foi condenada ao pagamento de danos morais pelas agressões psicológicas sofrida pelo empregado, que foi obrigado a abrir cofre e repassar o dinheiro a assaltantes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA. DANO MORAL (...) ASSALTO À AGÊNCIA BANCÁRIA. INDENIZAÇÃO DE GERENTE OBRIGADO A ABRIR O COFRE E REPASSAR O DINHEIRO AOS ASSALTANTES. Reconhecidas pelo Tribunal Regional, as responsabilidades objetiva e subjetiva do Banco, pelos danos morais decorrentes das agressões psicológicas sofridas pelo reclamante, durante assalto à agência em que foi obrigado a abrir o cofre e a passar o dinheiro aos assaltantes que mantinham o outro gerente, colega seu, como refém, não se verificou violação dos arts. 1º, 4º, III, 9º, 10, IX e 17 da Lei nº 4.595/64; 2º e 6º da Lei nº 7.102/83. DANO MORAL. (...) Agravo de instrumento não-provido.” (TST, AIRR-345/2003-051-18-40.3, 6ª T., Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DJ 18.05.2007)

Não procede, assim, o argumento acolhido pelo Eg. Tribunal Regional de que as agressões dos policiais e a detenção do empregado decorreram de ato do próprio Reclamante, praticado fora dos limites do contrato de trabalho. As agressões sofridas decorreram do exercício da atividade de segurança, para as quais o obreiro foi contratado, e, portanto, se encontram dentro do risco assumido pelo empregador ao contratar vigilante. Nesses termos, o prejuízo sofrido pelo empregado relaciona-se umbilicalmente ao risco assumido pelo empregador ao firmar o contrato de trabalho, sendo a Reclamada responsável pela indenização ao Reclamante.

Impossível acolher, também, o argumento regional de que a reparação dos danos morais pela atitude arbitrária dos policiais depende de ação proposta contra eles. A responsabilidade dos policiais e do Estado não se confunde com a responsabilidade da Reclamada. Os primeiros respondem pelas agressões e pela detenção injusta, ao passo que a Reclamada deve responder por não ter observado o dever de proteção à integridade física e moral do empregado.

Demonstrados, o *dano moral* (sofrimento do empregado pela humilhação sofrida em razão da detenção policial) e *nexo de causalidade* (dano relacionado com o contrato de trabalho), são devidos os danos morais. Desnecessário o exame da culpa, pois na hipótese é aplicável o disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, sendo a empresa responsável pelos riscos oriundos do contrato de trabalho.

Conheço, por violação ao art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

JURISPRUDÊNCIA

b) MÉRITO

Consectário do conhecimento do Recurso de Revista por violação a dispositivo de lei federal é o seu provimento.

Assim, dou provimento parcial ao recurso para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença, limitando, contudo, o valor da condenação a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Isto posto,

Acordam os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista por violação ao art. 927, parágrafo único, do Código Civil, e dar-lhe provimento parcial para, reformando o acórdão regional, restabelecer a sentença, limitando, contudo, o valor da condenação a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). Falou pelo Recorrido(s) a Dra. Márcia Maria Guimarães de Sousa.

Brasília, 20 de junho de 2007. *Maria Cristina Irigoyen Peduzzi*, relatora.

JUSTA CAUSA. IMPROBIDADE INJURIOSA. DANO MORAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA

JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE INJURIOSA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA ACIDENTÁRIA. TRANSGRESSÃO. O Acórdão Regional fincou a premissa de que, uma vez comprovado que a improbidade assacada ao Reclamante foi deduzida de forma leviana, por não ter o empregado aceitado depor sobre faltas atribuídas a colegas, nos termos pretendidos pela empresa, o caráter de coação e de punição de que se revestiu a dispensa por prática de ato de improbidade, nestes autos, importa no reconhecimento da existência de dano moral por dolo da Reclamada e violação da honra do Reclamante. De outro tanto, o Regional atestou que a demissão obreira foi efetivada no período em que este se encontrava blindado pela estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991. Nessa traça, a admissibilidade do Recurso de Revista daí deduzido encontra manifesto óbice na Súmula nº 126 do TST.

Agravo de Instrumento a que se nega provimento.

(Processo nº TST-AIRR-920/2001-002-08-00 – Ac. 4ª Turma)

JURISPRUDÊNCIA

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-920/2001-002-08-00.6, em que é Agravante Sabino de Oliveira Comércio e Navegação S.A. – SANAVE e Agravado Domingos Ferreira de Lima.

RELATÓRIO

Agravo de instrumento aviado pela Reclamada contra o Despacho de fls. 366, que negou seguimento ao seu Recurso de Revista, interposto com fulcro no art. 896, *a*, da CLT (fls. 369/376).

A Reclamada alega que o seu Recurso de Revista merece ser admitido, eis que teriam restado configuradas as violações legais apontadas e demonstrada a jurisprudência divergente do entendimento do Regional (fls. 369/376).

Não foi apresentada contraminuta (fls. 379).

Dispensada a remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 82 do RITST.

VOTO

CONHECIMENTO

O Agravo é tempestivo (fls. 367 e 369) e está subscrito por advogado habilitado (fls. 75).

MÉRITO

Agrava de instrumento a Reclamada, buscando o processamento de seu Recurso de Revista, onde se insurge contra o v. Acórdão Regional que manteve a condenação ao pagamento do período de estabilidade acidentária e da indenização por danos morais, mas fixando novo valor. A articulação recursal se desenvolve quanto aos pontos: “o dano moral”, “o valor da indenização por dano moral”, e da “indenização acidentária”.

Eis o extrato do pronunciamento da Corte Revisora:

“I – JUSTA CAUSA. DANO MORAL. IMPROBIDADE INJURIOSA. EXISTÊNCIA. A despedida por justa causa, embasada em prática de ato de improbidade, em princípio, não importa em dano

JURISPRUDÊNCIA

moral indenizável. Contudo, uma vez comprovado que a improbidade foi deduzida de forma leviana, por não ter o empregado aceitado depor sobre faltas atribuídas a colegas nos termos pretendidos pela empresa, o caráter de coação e de punição de que se revestiu a dispensa por prática de ato de improbidade nestes autos, importa no reconhecimento da existência de dano moral por dolo da reclamada e violação da honra do reclamante. II – VALOR DA INDENIZAÇÃO. A indenização pelo dano moral não pode ser irrisória, nem vinculada ao mínimo legal, sob pena, inclusive, de violação ao art. 7º, IV, da CF/88. Recurso do reclamante parcialmente provido.

(...)

2.2 DA JUSTA CAUSA (RECURSO DA RECLAMADA)

A reclamada alega que os motivos que ensejaram a aplicação da justa causa com base no art. 482, *a*, da CLT, foram a omissão em relação à quebra do motor, bem como a ameaça de morte sofrida pelo gerente da filial de Manaus, fatos do conhecimento do recorrido e de todos os demais membros da tripulação embarcados no Empurrador Zeus. Aduz que a quebra de confiança determinou a configuração da justa causa, estando em conformidade com os depoimentos prestados no processo.

Pede a reforma da sentença, para que a justa causa por prática de improbidade seja reconhecida, insistindo que a improbidade ocorreu por ter o reclamante decaído da confiança do seu empregador.

Não lhe assiste razão.

Com efeito, a quebra de confiança resulta, sempre, da prática de ato de improbidade, mas não se pode pretender conceituá-la por sua consequência, como fez a reclamada.

Na verdade, a improbidade consiste, segundo Maurício Godinho Delgado, em ‘... conduta culposa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem’.

No caso dos autos, verifica-se que a empresa imputou ao reclamante justa causa por ‘quebra de confiança’, por seu ‘... total desinteresse em elucidar a situação junto ao seu empregador, tentando encobrir as faltas cometidas pelo comandante e condutor de máquinas do empurrador Zeus, do qual era tripulante, bem como os fatos

JURISPRUDÊNCIA

envolvendo as ameaças sofridas pelo Sr. Valmir, gerente da filial em Manaus, omitindo-se em narrar quaisquer fatos, abalando a confiança que deve existir na relação empregador e empregado, razão pela qual ficou impossibilitada a empresa ora reclamada em manter o autor em seu quadro funcional, por justa causa, disposta no art. 482, *a*, da CLT, quebra de confiança’ (fl. 79 – contestação).

Portanto, a empresa não imputou ao reclamante qualquer das faltas que descreveu, quais sejam, ameaça de morte ao gerente de Manaus, falta esta perpetrada pelo condutor fluvial, Sr. Carlos Reimão Barros, e falhas que levaram aos problemas de motor, pois estas últimas foram atribuídas na defesa aos Sr. Eduardo Magno, comandante da embarcação, e ao Sr. Carlos Barros.

A dispensa pela prática de ato de improbidade deu-se, portanto, apenas por ter o reclamante afirmado desconhecer os fatos relatados e porque não quis ‘ficar do lado da empresa’.

A preposta da empresa confirmou as razões da justa causa no seguinte trecho de seu depoimento, *verbis*:

‘que outro problemas de ordem pessoal decorreu de agressão verbal por parte de um dos tripulantes contra o gerente da empresa em Manaus; que a agressão moral não foi feita pelo reclamante ao gerente de Manaus; que foi Carlos Alberto Reimão que agrediu verbalmente o gerente de Manaus; que a participação do reclamante decorreu de sua omissão sobre a agressão verbal ao gerente da filial; que em relação ao primeiro episódio, o problema mecânico da embarcação, o reclamante também omitiu a rela situação do motor da embarcação;’ (*sic*, fl. 155)

Ora, resta evidente que não houve prática de ato de improbidade pelo reclamante, pois o só fato de o mesmo afirmar não ter conhecimento sobre os acontecimentos acima relatados jamais poderia ter como consequência sua demissão pela prática de ato de improbidade.

Na verdade, quanto à agressão verbal ao gerente, o reclamante afirmou ‘que o depoente desconhece a existência de qualquer tumulto em Manaus com a tripulação’.

Quanto à real extensão do problema mecânico, afirmou o depoente:

‘que sabe o depoente que o chefe de máquinas passou a informação para o comandante de que havia um problema e o comandante informou a reclamada; que o depoente não entende de mecânica náutica não

JURISPRUDÊNCIA

podendo precisar o tipo de problema da embarcação; que o depoente em conversa com o Sr. Celso, foi-lhe perguntado se o mesmo vestia a camisa da empresa, uma vez que o interlocutor do depoente teve conhecimento de troca de óleo por tartaruga na viagem, fato esse negado pelo depoente; que posteriormente foi levado a sala da presidência, e na ocasião foram repetidas ao depoente pelo presidente os fatos acerca da troca de óleo por tartaruga, o que também foi negado pelo reclamante, sendo ai declarado pelo presidente da empresa que o reclamante havia quebrado a confiança, daí porque seria dispensado por justa causa; (...) que a embarcação chegou em Belém em 05.04.2001 e o depoente foi dispensado no dia da chegada da embarcação; que no dia da dispensa, ao depoente nada foi mencionado sobre problema mecânico no motor’ (*sic*, fls. 156 e 157).

Assim, resta evidente que o reclamante não tinha qualquer responsabilidade pela comunicação à empresa dos problemas do motor, nem em relação a seu registro no diário de bordo, funções estas que eram do comandante.

De outra feita, o fato de o reclamante ter afirmado desconhecer a discussão entre o Sr. Reimão e o gerente de Manaus, em relação ao qual, registre-se, não houve contradição, pois reafirmou não tê-la presenciado, em que pese saiba que houve inspeção a bordo e que foram encontrados alimentos debaixo da cama do cozinheiro (fl. 157, *in fine*), ainda que não correspondesse à realidade, o que se admite apenas para argumentar, não teria como consequência a possibilidade de sua demissão pela prática de ato de improbidade.

Percebe-se, assim, que foi a recusa do reclamante em depor sobre fatos que desconhecia que conduziram à acusação leviana de ato de improbidade a justificar a justa causa, o que resta patenteado também pelo fato de a preposta ter reconhecido que ‘dispensado por justa causa foram o reclamante e Carlos Reimão’ (*sic*, fl. 155). O que justificaria a dispensa por justa causa do reclamante, se o problema mecânico foi falha imputada ao Sr. Eduardo, o comandante e piloto, e a agressão, ao Sr. Reimão?

Aliás, a testemunha arrolada pela empresa também confirmou esse fato. Vejamos:

‘que o Sr. Carlos Reimão foi dispensado por não ter informado a empresa a quebra do motor e comandante por não transcrever no diário de bordo os problemas mecânicos; que sabe o depoente que houve

JURISPRUDÊNCIA

discussão em Manaus entre o gerente e o chefe de máquinas, porém o depoente não estava presente na ocasião; que todos foram inquiridos sobre o problema na embarcação e sobre a discussão com o gerente, porém todos negaram esclarecer os fatos mencionados' (*sic*, fl. 158).

Assim, restou provada a existência da 'inquirição' do reclamante pelo presidente e demais diretores da empresa e que o motivo da demissão foi o seu desconhecimento de faltas que a reclamada pretendia imputar, como efetivamente imputou, ao Sr. Reimão e ao comandante, consoante afirmou a testemunha (fl. 158) o que pode ser constatado pela juntada do termo de audiência de fls. 149 a 154, em relação ao Sr. Reimão.

Evidenciada a inexistência de comprovação pela empresa de prática de ato de improbidade, ou de qualquer outra falta pelo reclamante, conclui-se pela necessidade de manter-se a sentença no que diz respeito ao não-reconhecimento da justa causa e à determinação de pagamento das verbas rescisórias.

2.4 DO DANO MORAL (RECURSO DA RECLAMADA)

A decisão de primeiro grau julgou procedente o pedido do reclamante de pagamento de indenização por danos morais, condenando a reclamada a pagar R\$ 32.400,00, correspondentes a 5% do valor máximo (3.600 salários mínimos), acrescidos de juros e correção, sendo que, em sentença de embargos declaratórios, este valor foi reduzido para cinco salários mínimos por ano de serviço.

Irresignada, recorre a reclamada referindo-se às provas produzidas nos autos que revelam, segundo alega, que não houve qualquer ofensa à moral ou à dignidade do obreiro que pudesse dar suporte fático-legal para a concessão da parcela em comento.

Examinemos a questão.

É pacífica a possibilidade de o empregado pleitear indenização por dano moral decorrente da violação de sua intimidade, de sua vida privada, de sua honra e de sua imagem pelo empregador, nos termos do inciso X do art. 5º, da CF/88.

Assim, estabelecida essa premissa, passa-se à análise do caso concreto, a fim de verificar-se a presença dos pressupostos essenciais ao seu reconhecimento, delineadores da responsabilidade aquiliana, quais sejam: o dano suportado pelo empregado, o dolo ou culpa do empregador, e o nexo de causalidade entre o ato praticado e o evento danoso, previstos no art. 159, do Código Civil.

JURISPRUDÊNCIA

Inicialmente, atentemos para o evento danoso e para a culpa da empregadora consoante a prova constante dos autos. Vejamos.

O dano moral foi requerido pelo fato de a empresa ter despedido o reclamante por justa causa, com fundamento na alínea *a*, do art. 482, da CLT, ou seja, pela prática de ato de improbidade, o qual, como acima exposto, não restou provado.

Em que pese comungar do posicionamento desta E. Turma quanto à impossibilidade de condenação do empregador por dano moral pelo simples fato de ter imputado ao empregado ato de improbidade, sem que, contudo, tenha conseguido comprová-lo de forma robusta, entendo que, neste caso, houve alegação de improbidade sem qualquer fundamento, pois, ainda que tivessem restado provadas a responsabilidade e omissões do reclamante quanto à cientificação da empresa sobre problemas no motor, não se lhe poderia imputar ato de improbidade, como acima exposto, maculando-se sua honra.

Assim, a alegação de improbidade por não ter o reclamante afirmado conhecer fatos que interessavam à empresa, para que provasse a justa causa em relação ao comandante da embarcação ‘Zeus’ foi desfundamentada, tendo sido utilizada como coação ao reclamante para que dissesse aquilo que a empresa queria em relação à quebra da embarcação e ao comportamento do comandante, sendo certo que este tipo de comportamento não pode ser aceito por essa Justiça Especializada.

Portanto, comprovado, pelos depoimentos acima transcritos, o caráter de coação e de punição de que se revestiu a dispensa por prática de ato de improbidade nestes autos, dúvida não há acerca da existência de dano moral por dolo da reclamada e violação da honra do reclamante.

Assim, agiu com dolo a reclamada, tendo restado clara, ainda, a inexistência de excludentes de responsabilidade.

Destaco, neste sentido, a jurisprudência deste Regional, em Acórdão da lavra do Excelentíssimo Juiz José Maria Quadros de Alencar, bem como do E. TRT da 2ª Região, a saber:

‘Se a empresa viola a honra e a imagem pessoal de seu empregado, acusando-o levemente de crime que não cometeu e deflagrando os procedimentos policiais correlatos, causa-lhe danos morais que ensejam adequada indenização pecuniária. Não obscureço que a empresa tem todo o direito de prevenir-se contra furtos e danos ao seu patrimônio, mas ao fazê-lo não pode desbordar dos limites de tal direito, avançando

JURISPRUDÊNCIA

por sobre a honra e a imagem das pessoas, causando constrangimento e vulnerando a dignidade humana. Em um país e uma região pobre – como é o caso – a honra pessoal é às vezes o único patrimônio das pessoas, a única herança que recebem e a única que transmitem. Perdendo-a, tudo perdem’.

‘A demissão por justa causa alicerçada na acusação de improbidade tem que ser solidamente comprovada. As conseqüências psicológicas e sociais da pecha são de tal monta que mereceriam, não provada, a indenização por danos morais e psíquicos. Boletim de ocorrência não faz qualquer prova pois é, simplesmente, a notícia de sedizente delito, afirmada pelo interessado. O testemunho único, de não ser considerado, quanto mais havido por funcionário da gerência da empresa acusadora, e sem qualquer fundamentação’.

Por outro lado, a despedida embasada em ato de improbidade gracioso e com caráter de punição pela recusa do reclamante em depor em favor da empresa sobre fatos que afirmou desconhecer, por óbvio, causa-lhe abalo moral, tendo ele declinado sua dor e seu sofrimento.

Aliás, como bem destacou o Juízo de primeiro grau, ‘é, no mínimo, insensato exigir a demonstração dos reflexos extrínsecos da dor moral na expressão física da vítima, à medida que não será possível a outrem aferir ou mensurar a dor que alguém sente (ou sentiu) ao sofrer constrangimento íntimo, bastando que se prove o evento danoso e o nexó que o liga ao ofensor’ (fl. 167).

Portanto, uma vez plenamente configurada a existência de dano moral, pois presentes os requisitos previstos no art. 159, do Código Civil brasileiro, nego provimento ao recurso neste aspecto.

2.3 DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA ACIDENTÁRIA (RECURSO DA RECLAMADA)

A empresa foi condenada a pagar dez meses de salário ao reclamante em razão da estabilidade provisória acidentária reconhecida pelo Juízo. Requer a reforma da sentença também neste aspecto ao argumento de que as lesões sofridas pelo empregado não deixaram seqüelas capazes de reduzir-lhe a capacidade laborativa. Desta feita, ausentes os requisitos previstos no art. 118 da Lei nº 8.213/1991 descaberia a condenação imposta.

Razão não assiste à reclamada.

JURISPRUDÊNCIA

Segundo o art. 118 da Lei nº 8.213/1991, para que seja reconhecida a estabilidade provisória de 12 (doze) meses, é preciso não só que o trabalhador tenha sofrido acidente de trabalho ou doença profissional, como também que tenha sido afastado das atividades da empresa com percepção de auxílio-doença, independentemente da percepção do auxílio-acidente, e que seja portador de seqüelas que reduzam sua capacidade laborativa.

In casu, o reclamante comprovou ter sido afastado por acidente em serviço em 11.01.2001, como consta da CAT de fl. 21, tendo tido alta médica em 01.03.2001.

À data de sua demissão, qual seja, 05.04.2001, o reclamante havia retornado ao emprego há cerca de 30 (trinta) dias, sendo que, em seu depoimento, declinou, *verbis*:

‘que com o retorno ao trabalho o depoente observou inchaço na sua perna, cujo resultado da perícia esta aguardando’ (*sic*, fl. 156).

É certo que não restou provada a redução, mas a prova seria impossível, até porque o reclamante retornou às suas funções anteriores, mas o tempo entre o retorno ao trabalho e a despedida, de cerca de 1 (um) mês, foi despendido na viagem, após a qual foi verificado o inchaço, sendo que, no mesmo dia em que desembarcou, foi dispensado por justa causa.

Ademais, a empresa não procedeu exame demissional antes de efetivar a dispensa, o qual é obrigatório, nos termos do art. 168, II, da CLT, quer a dispensa seja motivada, quer seja imotivada, atraindo para si o ônus da prova de que o reclamante, que havia retornado ao trabalho há pouco mais de 1 (um) mês após gozo de auxílio por acidente do trabalho, encontrava-se em perfeitas condições de saúde, ônus do qual não se desincumbiu.

Destaque-se, ainda, que a NR7 – Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, prevê, em seu item 7.4.1, exame de retorno ao trabalho, sendo que no item 7.4.3 e subitem 7.4.3.3, estabelece, *verbis*:

‘7.4.3 – A avaliação clínica referida no item 7.4.2, alínea *a*, como parte integrante dos exames médicos constantes no item 7.4.1, deverá obedecer aos prazos e à periodicidade conforme previstos nos subitens abaixo relacionados:

(*omissis*)

JURISPRUDÊNCIA

7.4.3.3 – no exame médico de retorno ao trabalho, deverá ser realizado obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 (trinta) dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto.’

A empresa não realizou nem o exame demissional, nem o exame de retorno, obrigações que lhe competiam, segundo as normas de segurança e medicina do trabalho, sendo certo que, se tivesse cumprido essas obrigações, saber-se-ia se o reclamante tinha ou não seqüelas do acidente, com redução de sua capacidade laboral.

Portanto, uma vez presentes os requisitos previstos no art. 118, da Lei nº 8.213/1991, mantém-se a sentença que deferiu 10 (dez) meses de salário mensal ao reclamante, para indenizá-lo pelo período em que encontrava-se em gozo de estabilidade, com reflexos nas férias, na gratificação natalina e nos depósitos de FGTS.

2.5 DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL (RECURSO DO RECLAMANTE)

Recorre o reclamante contra a decisão quanto ao valor fixado como indenização pelo dano moral reconhecido.

Afirma o reclamante que pretende seja restabelecida a primeira sentença neste aspecto, na qual o valor do dano havia sido quantificado em 5% (cinco por cento) do valor máximo de 3.600 salários mínimos, no importe de R\$ 32.400,00 (trinta e dois mil e quatrocentos reais), nos termos do precedente do Processo 3ª T RO 5.468/97, e como ensina o Juiz Togado desta E. Corte, Dr. Walmir Oliveira da Costa, em obra clássica sobre a matéria.

Esclarece que o valor foi modificado em sentença de embargos de declaração, na qual constou, *verbis*:

‘No que diz respeito a quantificação do dano moral, examinando-se a sentença embargada, acredito que na fixação do valor de R\$ 32.400,00, esse valor na verdade excede o razoável, uma vez que adotou critério utilizado em ação contra sociedade de economia mista, o que difere da hipótese do embargante, empresa de capital exclusivamente privado, melhor se adequando o parâmetro empreendido no Acórdão TRT 2ª T RO 3110/98, para a hipótese de acusação de ato de improbidade não provada, a reparação, por meio de indenização, com base em cinco salários mínimos por cada ano de serviço, da época de desligamento do embargado, mantendo-se a decisão em seus demais termos’ (*sic*, fls. 84-85).

JURISPRUDÊNCIA

Analiso a questão.

É pacífico que a fixação do valor da indenização não observa regra legal, ficando ao arbítrio do Juiz, que deve, no entanto, levar em conta as circunstâncias fáticas e as atenuantes e agravantes existentes nos autos.

O valor requerido na inicial foi de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), o valor fixado inicialmente foi de R\$ 32.400,00 (trinta e dois mil e quatrocentos reais), e, na sentença de embargos, tal valor caiu para R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), considerando-se o salário mínimo de R\$ 180,00 (180,00 x 5 x 3 anos de duração do contrato), sendo de destacar que a sentença determinou a observância do mínimo da época do desligamento.

Entendo que, neste ponto, assiste razão ao reclamante, haja vista que o valor do dano não deve ser tão grande que proporcione o enriquecimento ilícito da parte, mas também não pode ser tão pequeno que importe em seu empobrecimento, como ocorreu nestes autos.

Com efeito, a aplicação da justa causa por improbidade, considerada de forma unânime pelos doutrinadores, como a mais grave das justas causas, deduzida de forma leviana e injuriosa, pois pressupõe dano ao patrimônio da reclamada por ação ou omissão do reclamante, e como modalidade de coação por não ter o empregado produzido depoimento em favor da empresa sobre fatos que não conhecia, é grave, e macula sua honra, de tal forma que a indenização arbitrada é irrisória, não atendendo à finalidade buscada pelo legislador constitucional ao proteger o patrimônio moral da parte.

O critério utilizado pelo Juízo de primeiro grau, embora não tenha a ela se referido, foi embasado na Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que sugere o arbitramento entre 5 e 100 vezes o maior salário mínimo vigente no País. Tal critério poderia ser aceito, desde que o valor a ser considerado para efeito de cálculo não fosse o do mínimo legal, até porque haveria violação ao art. 7º, inciso IV, *in fine*, da CF/88, já tendo o C. STF decidido em inúmeras ocasiões acerca da inconstitucionalidade de utilização do mínimo como indexador.

Assim, entendo que se deva fazer o cálculo sobre a remuneração do reclamante, de R\$ 1.092,88 (hum mil, noventa e dois reais e oitenta e oito centavos), como consta à fl. 67 e conforme admitido em contestação (fl. 83).

JURISPRUDÊNCIA

Assim, fixo a indenização em 5 (cinco) remunerações do reclamante por ano de serviço (3 anos), resultando no valor de R\$ 16.393,20 (dezesesseis mil, trezentos e noventa e três reais e vinte centavos).

Acordam os Juizes da Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Oitava Região, unanimemente, em conhecer do recurso da reclamada e do recurso adesivo do reclamante; em conhecer ainda das contra-razões do reclamante, deixando, contudo, de conhecer das contra-razões da reclamada; no mérito, ainda sem divergência, em negar provimento ao apelo da reclamada e dar parcial provimento ao do reclamante, para fixar a indenização por dano moral em valor equivalente ao de 5 (cinco) remunerações, por ano de serviço (3 anos), totalizando R\$ 16.393,20 (dezesesseis mil, trezentos e noventa e três reais e vinte centavos); em majorar as custas devidas pela reclamada para R\$ 1.273,86 (hum mil, duzentos e setenta e três reais e oitenta e seis centavos), mantida a r. sentença em seus demais termos, tudo conforme os fundamentos.” (fls. 338/352)

Contra esta decisão insurge-se a Reclamada, afirmando que a justa causa aplicada ao Reclamante teve por base a quebra de confiança havida entre as partes. Sustenta que o Autor incorreu na prática de ato de improbidade, tipificado no art. 482, *a*, da CLT. Afirma que, pelo fato de não haver qualquer dano moral ou físico/patrimonial a ser indenizado, não há razão jurídica que importe no reconhecimento da indenização por dano moral. Inconforma-se, ainda, com a condenação ao pagamento de indenização acidentária, aduzindo que o obreiro retornou ao serviço em 05.02.2001, após receber alta médica e trabalhou normalmente até 05.04.2001, quando foi dispensado. Sustenta que o exame demissional obrigatório demonstra que o recorrido estava em perfeitas condições de saúde. Finalmente, afirma que a estabilidade acidentária prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991 exige que, após a consolidação das lesões, persista seqüelas que reduzam a capacidade laborativa do empregado, o que não teria ocorrido no caso dos autos (338/352).

O Recurso de Revista é incabível na espécie.

Isso porque a substância da tese recursal de que o Reclamante praticou ato de improbidade, a importar a pena de demissão por justa causa, traz em seu bojo a necessidade de revolver a moldura fática desenhada pela Corte Revisora de Segundo Grau, no sentido diametralmente oposto ao ora articulado, procedimento esse sabidamente refratário ao Tribunal Superior do Trabalho, em face de sua natureza eminentemente extraordinária, na esteira da Súmula nº 126/TST.

JURISPRUDÊNCIA

Com efeito, o Regional, após examinar os argumentos da defesa e o depoimento das partes, concluiu que a empresa não imputou ao Reclamante nenhuma das faltas que descreveu, quais sejam, ameaça de morte ao gerente de Manaus, falta esta perpetrada pelo condutor fluvial, Sr. Carlos Reimão Barros, e falhas que levaram aos problemas de motor, estas últimas foram atribuídas na defesa ao Sr. Eduardo Magno, comandante da embarcação, e ao Sr. Carlos Barros. Na verdade, a dispensa do Reclamante pela prática de ato improbidade deu-se apenas por ele ter afirmado desconhecer os fatos relatados e porque não quis ficar ao lado da empresa.

No que tange à indenização por dano moral, o Regional explicitou que o conjunto fático-probatório revelou que a dispensa por justa causa teve caráter de coação e de punição, simplesmente porque o obreiro afirmou desconhecer fatos que interessavam à empresa ver confirmados para que pudesse dispensar o comandante da embarcação também por justa causa, tendo, assim, por ofendidas a honra e a imagem do Reclamante.

No tocante ao valor da indenização por dano moral, a jurisprudência desta Justiça Laboral firmou-se no sentido de que a revisão do arbitramento da reparação de danos morais ou materiais somente é admissível nas hipóteses de determinação de montante exorbitante ou irrisório, o que não se observa na hipótese vertente. Seja lá como fosse, o art. 159 do Código Civil, tido por violado, carece do indispensável prequestionamento. E os arestos paradigmas, no ponto, não vieram argolados com o indispensável cotejo analítico exigido pela parte final da alínea *b* da Súmula nº 337 do TST.

Com relação à condenação ao pagamento de indenização decorrente da estabilidade provisória acidentária, esta foi mantida ao fundamento de que o Reclamante comprovou que sua demissão foi efetivada no período em que se encontrava blindado pela estabilidade prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/1991.

Como se vê, na hipótese, como retratada soberanamente pelo Regional, a admissibilidade do Recurso de Revista encontra evidente óbice na Súmula nº 126 do TST, ficando desabilitado todo o arrazoado recursal.

Logo, *nego provimento* ao presente Agravo de Instrumento.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao presente Agravo de Instrumento.

Brasília, 06 de junho de 2007. *Maria de Assis Calsing*, relatora.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL

DANOS MORAIS. O empregador cuja conduta resulta em graves inconvenientes ao obreiro, afrontando os direitos mais caros do indivíduo, como a honra, a imagem, o nome e os predicativos necessários à regular aceitação social – honestidade, lealdade, confiança etc. –, tem o dever de reparar o dano causado ao empregado. Na hipótese, restaram configurados a ação causadora do dano, o dano sofrido e o nexo causal, o que denota perfeita harmonia entre a condenação imposta à reclamada e o que dispõe o art. 186 do Código Civil. Recurso de revista não conhecido.

MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. PARCELAS RESCISÓRIAS CONTROVERTIDAS. JUSTA CAUSA NÃO RECONHECIDA EM JUÍZO. Tem-se consolidado, neste colendo Tribunal Superior, o entendimento de que o escopo da penalidade prevista no art. 477, § 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho é reprimir a atitude do empregador que cause injustificado atraso no pagamento das verbas rescisórias sobre as quais não repousa dúvida. A tal penalidade não se sujeita, portanto, o empregador que tenha a sua responsabilidade pelo pagamento de determinada parcela reconhecida somente em virtude da procedência do pleito deduzido pelo empregado na Justiça do Trabalho, em relação ao qual pairava dúvida razoável, que só veio a ser dirimida com a decisão judicial. Inviável a aplicação de multa pelo atraso no adimplemento de obrigação que somente se tornará incontroversa com o trânsito em julgado da decisão proferida em juízo. Descabe a condenação à multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT quando controvertida a modalidade de rescisão contratual.

Recurso de revista conhecido e provido.

(Processo nº TST-RR-855/2000-021-04-00 – Ac. 1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Revista nº TST-RR-855/2000-021-04-00.8, em que é recorrente Transbaraldi Transportes Ltda. e recorrido Valdir Alves Rodrigues.

O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, por meio do acórdão prolatado às fls. 344/350, condenou a reclamada ao pagamento de indenização decorrente de danos morais e da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

JURISPRUDÊNCIA

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista, mediante as razões apresentadas às fls. 535/369. Busca a reforma do julgado, esgrimindo com ofensa a dispositivos de lei. Transcreve arestos para confronto de teses.

Admitiu-se o apelo, nos termos da decisão monocrática proferida às fls. 372/373, tendo sido oferecidas contra-razões às fls. 376/393.

Dispensada a remessa dos autos à douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

I – CONHECIMENTO

1 – PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

O recurso é tempestivo (acórdão publicado em 15.07.2004, sexta-feira, conforme certidão lavrada à fl. 351, e recurso protocolizado em 25.07.2005 – fl. 353). O depósito recursal foi efetuado no valor legal (fl. 355) e as custas, recolhidas (fl. 354). A reclamada está regularmente representada nos autos (procuração acostada à fl. 161).

2 – PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

DANOS MORAIS

O Tribunal Regional condenou a reclamada ao pagamento de danos morais, fundamentando sua decisão nos seguintes termos:

“É incontroverso que o reclamante manteve relação de emprego com a reclamada de 20.10.97 a 17.08.00, sem nunca ter sofrido qualquer tipo de penalidade disciplinar. Incontroverso, ainda, que foi despedido, apontado como integrante do grupo que furtava a empresa, textualmente, através do aviso de dispensa motivada, tendo sido denunciado pelo Ministério Público e respondido processo crime em decorrência da acusação de um colega, o qual se encontrava envolvido em outros delitos ocorridos. Tal fato é narrado pela reclamada em sua defesa, constatado

JURISPRUDÊNCIA

na documentação juntada, confirmado pelo reclamante ao se manifestar sobre a contestação e ratificado pelos depoimentos das testemunhas. Também restou evidenciado nos autos, que somente o empregado Márcio foi flagrado com o produto do furto.

A reclamada despediu o reclamante por justa causa, após este ter sido apontado pelo colega Márcio como participante e integrante do grupo que furtou duas armas de marca Taurus, dois dias após tal fato, como se vê pelo documento da fl. 28, sem ter averiguado a falta imputada ao obreiro que nunca havia sido advertido ou punido. A reclamada, a partir das denúncias do efetivo ‘ladrão’, não realizou qualquer procedimento com o intuito de comprovar as denúncias do mesmo. Limitou-se a despedir o reclamante, sem qualquer comprovação, consignando na ‘*comunicação de dispensa por justa causa*’ (fl. 28), que o mesmo fez parte e participou do referido furto.

De salientar, que não procede o argumento da reclamada de que teria tomado as providências de forma legal baseada nas informações do ‘delator’. Tal justificativa não se sustenta, em face da inexistência de prova de que as declarações do funcionário Márcio Roberto Gonçalves, fossem verdadeiras, principalmente considerando que o reclamante jamais foi flagrado com qualquer objeto decorrente de furto ou roubo. As afirmativas de que foi visto retirando lacre de caixas mostram-se no mínimo levianas, tendo em vista que são destituídas de qualquer prova.

Assim, efetivamente, a empresa reclamada, ao demitir o reclamante por justa causa, sob a alegação de que integrava e participava de um grupo que procedia furtos na empresa, sem qualquer prova, e tendo o mesmo respondido processo crime por mais de quatro anos, no qual foi absolvido, leva a configuração do dano moral requerido.

Também não há como entender que os demais funcionários da empresa não tomaram conhecimento dos fatos narrados. A publicidade dada ao fato, restou demonstrada nos autos por meio da ocorrência policial e pelos próprios termos do documento que comunica a despedida já imputando ao autor a prática do crime. A existência de comentários na empresa de que o reclamante foi despedido por participar dos furtos ocorridos nos depósitos e formação de quadrilha é ainda ratificada pela prova oral, *verbis*:

‘DEPOIMENTO DA PRIMEIRA TESTEMUNHA CONVINDA PELO RECLAMANTE. (...) o reclamante foi despedido por ter sido acusado de participar de roubo e formação de quadrilha; que sabe disso

porque quando chegou para trabalhar na ocasião dos fatos ouviu comentários dos colegas; que quem fez os comentários foram os próprios despedidos e o Sr. Roberto que era o gerente geral, sendo que o comentário repercutiu em toda empresa; que o reclamante foi apontado como integrante da quadrilha pelo Sr. Márcio, que disse ao depoente que foi pressionado pela empresa para apontar quem mais estava com ele no furto (...) não sabe informar se a indicação dos nomes dos demais envolvidos pelo Sr. Márcio ocorreu na delegacia de polícia, pois os fatos ocorreram em um sábado e o depoente não estava na empresa, somente tendo sabido deles na segunda-feira; que o depoente ficou sabendo do suposto furto em um jogo de futebol, já no domingo, por informações de colegas, sendo que na segunda-feira, que o depoente ao chegar para trabalhar às 13h o reclamante e os demais empregados despedidos estavam na frente da empresa aguardando uma deliberação da diretoria para saber o que seria feito com relação a eles (...) depois da despedida do reclamante se comentou por muito tempo sobre a suposta participação dele em quadrilha; que nunca houve comentários de que o reclamante tenha sido visto violando lacre de mercadorias na empresa' (fls. 226/227)

DEPOIMENTO DA SEGUNDA TESTEMUNHA CONVIDADA PELO RECLAMANTE' (...) o depoente é diretor do sindicato de transporte de cargas; que no dia em que o reclamante foi despedido, o depoente foi chamado na reclamada por um colega de diretoria (...) o reclamante e outros empregados foram despedidos sob a alegação de que tinham furtado uma arma; que não sabe informar quem disse à empresa que o reclamante havia participado do furto, mas o Sr. Diógenes, que era gerente da empresa na época, disse ao depoente que se tratava de um caso de polícia e que o sindicato não podia se envolver; que houve comentários durante vários dias, na empresa de que os empregados despedidos na ocasião participavam de uma quadrilha de furtos; que não sabe de onde se originaram esses comentários, mas esses continuaram a repercutir mesmo depois que os demitidos se afastaram da empresa; o depoente esclarece que o Sr. Diógenes não usou o termo 'ladrão' para definir o reclamante na ocasião que fez contato com ele, mas disse que o reclamante fazia parte de uma quadrilha' (fl. 227).

Também não se pode deixar de reiterar que o reclamante foi absolvido da ação criminal por falta de prova de seu envolvimento no evento, tanto a nível de 1º quanto de 2º Grau. Conforme salientado nas razões recursais, o colega que apontou os demais como comparsas, alterou sua história em Juízo, inocentando o reclamante, *verbis*:

JURISPRUDÊNCIA

‘Em verdade, o que se tem em desfavor dos apelados são unicamente os relatos extrajudiciais do co-denunciado Márcio, admitindo a autoria do furto contra a empresa vítima e ‘delatando’ os demais acusados como sendo seus comparsas. Porém, a ‘delação’ patrocinada por Márcio na fase investigatória, além de insuficiente para, só por si, conduzir à conclusão condenatória, veio desmentida por ele em Juízo’ (fl. 21).

Sublinhe-se, ainda, por relevante o voto do desembargador-relator no acórdão da apelação crime nº 70007577737 no sentido de que *‘como é sabido, no processo penal, a condenação só emerge de um juízo de certeza. Simples possibilidade de participação no evento criminoso, ainda que lastreada em indícios veementes, não é suficiente a autorizar a edição de veredicto condenatório, o qual deve sempre vir ancorado em prova plena e segura, edificada sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em casos como o presente, em que a prova produzida se apresenta por demais frágil e insegura, melhor é admitir o non liquet’* (fl. 211).

A conduta da reclamada, atingiu a dignidade, o nome e a imagem do reclamante, configurando a hipótese de dano moral que, ante ao disposto nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, bem como do art. 927 do Código Civil, deve ser reparada.

Considerando o prejuízo moral causado ao reclamante é devido o valor postulado (R\$ 50.000,00) a título de indenização, que também presta-se para penalizar a empresa pela sua conduta.” (fls. 346/349)

Sustenta a reclamada que, nos termos do art. 186 do Código Civil atual, a reparação de dano material ou moral depende de demonstração de culpa ou dolo do agente, visto que o dispositivo mencionado consagra a adoção da teoria subjetiva. Acrescenta que não houve prova do dano moral, nem de culpa ou dolo da reclamada e, tampouco, nexos de causalidade entre a conduta da reclamada e o resultado lesivo. Requer a absolvição do pagamento de indenização decorrente de danos morais ou, alternativamente, a redução do seu valor. Esgrime com afronta ao mencionado dispositivo e transcreve arestos para confronto de teses.

É incontestável o poder disciplinar do empregador, sendo a demissão por justa causa a sanção mais grave de que dispõe. Todavia, o exercício desse poder não isenta o seu titular de responder pelos excessos que resultarem dano a alguém.

JURISPRUDÊNCIA

Na hipótese, a imputação ao reclamante de co-autoria de fato criminoso, resultando investigação e processo criminal, cuja conclusão foi a absolvição por ausência de prova, revela a leviandade ou presunção da reclamada na gestão de seu poder disciplinar. A lei ampara o titular no uso regular do seu direito, todavia o excesso decorrente desse uso, havendo dano a outrem, acarreta a obrigação de reparação. Consta do acórdão recorrido que o motivo da demissão do reclamante (participação em furto de armas) foi assunto que se tornou público e corriqueiro (por vários dias) no âmbito da empresa, tendo, inclusive, o gerente da empresa, à época, dito que o fato (de que decorreu a demissão do reclamante) era caso de polícia, pois envolvia quadrilha de furtos da qual o obreiro era participante.

É incontroverso que a conduta da reclamada resultou graves inconvenientes ao obreiro, em evidente afronta aos direitos mais caros do indivíduo, afetando a honra, a imagem, o nome e os predicativos necessários à regular aceitação social – honestidade, lealdade, confiança etc.

Conforme destacado pela reclamada, o legislador adotou a teoria subjetiva para caracterização do dano moral. Na hipótese, restaram configurados a ação causadora do dano, o dano sofrido e o nexo causal, o que denota perfeita harmonia entre o que fora decidido no Tribunal Regional e o que determina a norma legal.

Assim, a decisão recorrida ampara-se, perfeitamente, nos termos do art. 186 do Código Civil, assim redigido:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ilícita, portanto, é a conduta da reclamada, por não ser comedida no exercício do poder disciplinar, caracterizando abuso no uso das faculdades inerentes à condição de empregador. Assim, a demissão infundada, todavia, sob pretexto de justa causa, deixa de ser exercício regular de direito, amparado por lei, para revelar-se nítido abuso de poder, circunstância em que a lei não silencia quanto aos efeitos de reparação do dano causado. A ausência do cuidado objetivo na prática dos atos gerenciais evidencia, na hipótese, imprudência na condução do poder diretivo da empresa, tornando evidente a culpa do empregador.

Dessarte, não há falar em ausência de prova da ocorrência do dano moral e das questões que dão suporte à configuração desse instituto. Incólume, portanto, o dispositivo invocado.

JURISPRUDÊNCIA

Os arestos transcritos às fls. 360/361 são inespecíficos, visto que a tese neles contida é no sentido de negar a demissão por justa causa, isoladamente (“por si só”), como motivo ensejador de dano moral. A tese recorrida revela fatos e circunstâncias ensejadoras do dano moral. Hipótese de incidência da Súmula nº 296, I, desta Corte superior.

Por fim, quanto aos arestos que dizem respeito ao valor da indenização, conquanto haja paradigmas estabelecendo limites de valores, não é possível vislumbrar especificidade desses modelos, porquanto, nos termos da súmula acima mencionada, é necessário haver identidade fática entre as teses em cotejo, todavia com resultado diverso. Na hipótese, os fatos reproduzidos nos paradigmas não são idênticos ao da presente reclamação.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.

II – MÉRITO

MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. PARCELAS RESCISÓRIAS CONTROVERTIDAS. JUSTA CAUSA NÃO RECONHECIDA EM JUÍZO

O Tribunal Regional condenou a reclamada ao pagamento da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT, adotando, para tanto, os seguinte fundamento:

“Requer o reclamante o pagamento da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, sob o fundamento de que as verbas rescisórias não foram pagas e foi afastado o motivo ensejador da justa causa alegado.

Examina-se.

Conforme os fundamentos antes expendidos, entende-se que a extinção da relação empregatícia ocorreu por iniciativa da reclamada, sem justa causa.

Registra-se que, no entendimento desta Relatora o reconhecimento do direito à percepção de diferenças a título de verbas rescisórias somente por ocasião da prestação jurisdicional, não configura a mora por inobservância do disposto no § 6º do art. 477 da CLT. Todavia, o posicionamento majoritário desta Turma julgadora é de que a multa prevista no § 8º, do art. 477 da CLT, decorre da não observância, pelo empregador, do prazo previsto no § 6º do mesmo artigo do texto consolidado, independente de estar *sub judice* ou não a forma da despedida.

JURISPRUDÊNCIA

Assim, vencida a Juíza relatora, pelos fundamentos *supra*, dá-se provimento ao recurso ordinário para condenar a reclamada ao pagamento da multa prevista no § 7º do art. 477 da CLT.” (fl. 350)

Sustenta a reclamada que, em caso de controvérsia acerca da existência de motivo justo para a rescisão contratual, a multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT não se aplica. Transcreve arestos para confronto de teses.

O primeiro, segundo e quarto arestos transcritos às fls. 364/365 são divergentes, visto que abrigam tese de que o reconhecimento em juízo da inexistência da justa causa afasta a incidência de aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

MULTA PREVISTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. PARCELAS RESCISÓRIAS CONTROVERTIDAS. JUSTA CAUSA NÃO RECONHECIDA EM JUÍZO

O debate ora proposto restringe-se à discussão acerca do cabimento da multa do art. 477, § 8º, da CLT na hipótese de pairar controvérsia acerca da modalidade de rescisão contratual, somente dirimida por meio de decisão judicial, mediante a qual se concluiu não restar comprovada a justa causa invocada pela reclamada.

Esta Corte superior tem-se manifestado reiteradamente no sentido de que a penalidade disciplinada pelo § 8º do art. 477 da CLT apenas tem lugar quando o empregador, ao rescindir o contrato de trabalho com o empregado, deixa de quitar as verbas rescisórias no momento oportuno ali consignado. Entende a douta maioria dos integrantes da SBDI-I que o intuito da norma é o de reprimir a atitude do empregador que cause injustificado atraso no pagamento das verbas rescisórias sobre as quais não repousa dúvida razoável e que, portanto, não se pode impor multa a empregador que tenha a sua responsabilidade pelo pagamento de determinada parcela reconhecida somente em virtude da procedência do pleito deduzido pelo empregado na Justiça do Trabalho.

Este douto Colegiado tem rechaçado, em conseqüência, a possibilidade de se aplicar multa pelo atraso no adimplemento de obrigação que somente se tornará incontroversa com o trânsito em julgado da decisão desfavorável ao empregador. Argumenta-se que tal conduta equivaleria a alterar a ordem natural das coisas, colocando as conseqüências à frente das causas que as geraram. Tem-se ressalvado, no entanto, aquelas hipóteses em que não paira dúvida

JURISPRUDÊNCIA

razoável sobre a existência e liquidez do direito vindicado, afigurando-se injustificada a oposição do empregador em satisfazê-lo. Em casos que tais, a alegação empresarial assume contornos de estratégia para afastar a incidência da norma legal – atitude que deve ser rechaçada sumária e veementemente.

Observa-se, porém, que, no caso dos autos, pairava razoável dúvida quanto à caracterização da justa causa para o despedimento, tendo sido necessária a intervenção judicial para dirimir a questão. Assim, não se poderia punir quem, de boa-fé, não tinha conhecimento da sua condição de devedor até o advento da sentença judicial condenatória.

Dando conseqüência ao entendimento majoritário e iterativo desta Corte uniformizadora – ao qual me submeto, ainda que com ressalva do meu entendimento pessoal –, chega-se à conclusão de que, no caso concreto, descabe a condenação à multa prevista no citado dispositivo consolidado.

No sentido da decisão ora proferida já se pronunciou esta Corte superior em várias ocasiões, consoante consignam os seguintes precedentes: E-RR-422.875/98, julgado em 02.08.2004, Relator Ministro Milton de Moura França; E-RR-423.159/98, publicado no DJU de 10.09.2004, Redator Ministro João Oreste Dalazen; E-RR-59.182/2002-900-02-00.8, publicado no DJU de 21.05.2004, Redator Ministro João Oreste Dalazen; E-RR-612.680/99, publicado no DJU de 27.02.2004, Relator Ministro João Oreste Dalazen; E-RR-705.044/2000, publicado no DJU de 24.05.2002, Relator Ministro Milton de Moura França; E-RR-745.827/2001, publicado no DJU de 19.04.2002, Redator Ministro João Oreste Dalazen; RR-191.547/95, publicado no DJU de 18.04.1997, Relator Ministro Ronaldo Leal; RR-326.880/96, julgado em 12.04.2000, Relator Ministro Valdir Righetto; RR-265.636/96, publicado no DJU de 09.10.1998, Relator Ministro Nelson Daiha; e RR-203.447/95, publicado no DJU de 14.02.1997, Relator Ministro Antônio Fábio Ribeiro.

Dessarte, dou provimento ao recurso de revista para excluir da condenação a multa a que se refere o art. 477 da CLT.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a multa a que se refere o art. 477, § 8º, da CLT.

Brasília, 9 de maio de 2007. *Lelio Bentes Corrêa*, relator.

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. SÚMULA 392/TST. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

DANO MORAL. REVISTA VEXATÓRIA. A atividade patronal, qualquer que seja, não justifica expor o empregado a revista vexatória, apalpando-o e, até mesmo, despindo-o; prática esta abusiva que excede o poder diretivo do empregador; pois atinge a intimidade e dignidade do ser humano, direitos pessoais indisponíveis, previstos nos incisos III e X do art. 5º da Lei Maior. A propósito, o Jurista e Magistrado baiano Luiz de Pinho Pedreira da Silva, em festejado compêndio lembra que ao trabalhador assiste direito a uma esfera privada em que não pode haver intromissão de outras pessoas nem do Estado. E, com apoio em Pietro Ichino, define como esfera privada o conjunto dos espaços de que a pessoa tem um gozo exclusivo, aí se situando o próprio corpo com tudo o que o reveste (“A reparação do dano moral no Direito do Trabalho”, LTr, 2004, p. 66).

DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. MAJORAÇÃO. A decisão que majorara o valor da indenização é amplamente valorativa, ou seja, foram considerados pelas instâncias ordinárias os aspectos fáticos, emergentes da causa, que, por isso mesmo, não podem ser revisados em julgamento de recurso de revista, já que, para tanto, seria imprescindível reexaminar todo o conjunto fático-probatório, procedimento vedado nesta instância extraordinária pela Súmula nº 126 do TST.

Recurso de revista parcialmente conhecido a que se nega provimento.

(Processo nº TST-RR-717.532/2000 – Ac. 6ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-717.532/2000.3, em que é Recorrente WMS Supermercados do Brasil S.A. e Recorrido Alexandre Elizeu da Silva.

O e. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, mediante o v. acórdão às fls. 129-137, manteve a decisão de primeiro grau no tocante aos temas “dano moral – competência da Justiça do Trabalho” e “indenização por dano moral”.

JURISPRUDÊNCIA

Reformou-a, no entanto, quanto ao valor da indenização, majorando-a para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inconformada, a reclamada interpõe recurso de revista às fls. 139-145. Sustenta tese no sentido de que a Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar demanda que envolva indenização por danos morais; que a revista praticada, ensejadora da condenação em indenização por danos morais, insere-se na esfera do poder diretivo da empresa e que a majoração do *quantum* indenizatório se deu de forma contrária à jurisprudência que colaciona.

Admitido na origem (fls. 148-151), o recurso mereceu contra-razões às fls. 154-160, sendo dispensada, na forma regimental, a intervenção do d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos referentes à tempestividade (fls. 138 e 139), representação (fls. 17 e 18) e preparo (99, 100, 146 e 147), passo à análise dos pressupostos específicos do recurso.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – DANO MORAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O e. Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamada, no particular, ao fundamento de que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar questão relativa a dano moral, decorrente de liame empregatício. Resumiu o seu entendimento na seguinte ementa:

“COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. DANO MORAL. A controvérsia acerca da competência da Justiça do Trabalho para julgamento de causas relativas a dano moral já foi objeto de apreciação pela Suprema Corte Constitucional, inserindo-se essa matéria na abrangência do art. 114 da Carta Magna.” (fl. 129)

Inconformada, pelas razões de revista às fls. 142-145, alega a reclamada que a Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar demanda que envolva indenização por danos morais. Aponta arestos para confronto (fls. 140-141 e 143).

Sem razão.

JURISPRUDÊNCIA

A decisão recorrida encontra-se em consonância com a jurisprudência pacificada nesta Corte, consubstanciada na Súmula 392/TST, *in verbis*:

“Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.”

Incide, portanto, na hipótese, o óbice da Súmula 333/TST e do art. 896, 4º, da CLT.

Não conheço.

1.2 – DANO MORAL

A esse respeito, decidiu a Corte *a quo*:

“Insiste a reclamada na negativa do fato ensejador do pedido de indenização por dano moral, consistente na fiscalização rigorosa do empregado ao término do expediente, que implicava o desnudamento deste na presença dos colegas de serviço.

O procedimento da ré em relação aos seus empregados foi objeto de inúmeras reclamações, culminando com denúncia ao Ministério Público do Trabalho por constrangimento ilegal (revista íntima de funcionários) que, através da Coordenação de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos – CODIN lavrou termo de compromisso e ajustamento de conduta (datado de 27.10.1998) no qual a reclamada comprometeu-se a não mais permitir revistas pessoais nos seus funcionários, entendendo-se assim a vistoria que implique contato físico entre vistoriante e empregado ou desnudamento deste, ressalvada a continuidade da vistoria de pertences dos funcionários – bolsas e sacolas – em que apenas o empregado manipule os objetos vistoriados (fl. 84).

A prova testemunhal produzida somente pelo autor foi uníssona na confirmação da prática do fato (fls. 87/88), sendo que a primeira delas, de nome Mário Roberto Amaro, era o próprio segurança da reclamada, a quem incumbia fazer a ‘revista’, confirmada pela segunda testemunha, que era um dos empregados por várias vezes submetido a essa forma de fiscalização.

Nesse passo, inequívoca a prática dos fatos narrados na inicial.

JURISPRUDÊNCIA

Também não socorre a demandada o alegado fato de que a aludida prática não era realizada por orientação direta da empresa, mas sim emanada do chefe de segurança, que não detinha poderes para atuar em nome da empresa.

A empresa, ao adotar o procedimento de fiscalização do seu patrimônio, tem o dever de zelar contra os excessos e abusos que daí podem advir, visto que a prática, por si só, é constrangedora, embora corrente em muitos estabelecimentos comerciais de grande porte.

Além do mais, a afirmação não encontra ressonância na prova. Declarou o segurança da ré (fl. 87) que as pessoas que se recusavam a tirar a roupa eram despedidas pela chefia.” (fls. 132/134)

Irresignada, a reclamada sustenta tese no sentido de que a revista praticada, ensejadora da condenação em indenização por danos morais, insere-se na esfera do poder diretivo da empresa, discrepando o *decisum* dos arestos que colaciona (fl. 141 e 143-144).

O 2º aresto colacionado à fl. 144, oriundo do TRT da 3ª Região, enseja divergência válida e específica, na medida em que encerra tese diametralmente oposta àquela adotada pelo acórdão recorrido, ao consignar que “DANO MORAL. (...) REVISTA. ABUSO DO PODER POTESTATIVO. INCORRÊNCIA. Dano moral. Revista do empregado. (...) A circunstância de, na revista, o obreiro ter de despir-se, não retrata violação da intimidade, ao tempo em que se tem que a pluralidade de medidas empresariais assentam-se exatamente sobre a excepcionalidade em que envolve a atividade econômica exercida, e que é exigente de todos esses procedimentos e conduta como meios de ordinariade condizentes com a peculiaridade e particularidade, pelo que timbram-se de normal para fazer correr o abuso de direito”.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

1.3 – DANO MORAL – INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO

O Tribunal Regional majorou o *quantum* indenizatório, valendo-se do seguinte fundamento:

“A indenização foi fixada em um salário contratual por mês trabalhado (R\$ 309,50), implicando em R\$ 4.023,50.

Dispõe o art. 53 da Lei nº 5.250, de 09.02.1967, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e informações, ora aplicada analogicamente:

JURISPRUDÊNCIA

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I – a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e posição social e política do ofendido;

II – a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento.

Também o Código Civil, no art. 1.538, § 2º, dispõe que, no cálculo da indenização, serão consideradas as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito resultante da ofensa.

Além da reconhecida afronta à moral do reclamante (fl. 91), considero que a condenação tem também efeito pedagógico no sentido de tornar a sociedade efetivamente mais humana, colocando-a sob a égide dos princípios éticos impeditivos [*sic*] e dissuasivos de condutas quais a que teve a ré.

Assim, considerando o tempo de serviço do empregado que colaborou com a empresa de 10.12.1997 a 24.11.1998, arbitro o valor da indenização em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).” (fls. 135-136)

Alega a reclamada que o Juízo de primeiro grau fixou a indenização com base em um salário contratual por mês trabalhado, sendo, portanto, “incorreto o entendimento da MM. Turma ao reformar a decisão de primeiro grau para arbitrar a maior o *quantum* indenizatório sem qualquer fundamentação que desconstituisse o primeiro *quantum* fixado, que já havia considerado o tempo de serviço prestado para este fim” (fl. 145).

Assim, conclui no sentido de que deve ser reformado o acórdão regional para manter a sentença.

Traz aresto para confronto (fls. 141-142, repetido às fls. 144-145).

Sem razão novamente.

A decisão que majorara o valor da indenização é amplamente valorativa, ou seja, foram considerados pelas instâncias ordinárias os aspectos fáticos, emergentes da causa, que, por isso mesmo, não podem ser revisados em julgamento de recurso de revista, já que, para tanto, seria imprescindível reexaminar todo o conjunto fático-probatório, procedimento vedado nesta instância extraordinária pela Súmula nº 126 do TST.

Não conheço.

2 – MÉRITO

2.1 – DANO MORAL

O acórdão recorrido expressamente registrou que a revista íntima praticada pela empresa era vexatória, decorrente, inclusive, do desnudamento do reclamante na presença dos colegas.

Ressaltou que “A prova testemunhal produzida pelo autor foi uníssona na confirmação da prática do fato (fls. 87/88), sendo que a primeira delas, de nome Mário Roberto Amaro, era o próprio segurança da reclamada, a quem incumbia fazer a ‘revista’, confirmada pela segunda testemunha, que era um dos empregados por várias vezes submetido a essa forma de fiscalização”, acrescentando que o segurança da reclamada afirmou, ainda, “que as pessoas que se recusavam a tirar a roupa eram despedidas pela chefia”.

Dessa forma, resta comprovado o tratamento vexatório, humilhante a que se submetia o reclamante quando das revistas. Os fatos foram comprovados pelas testemunhas, tendo o Tribunal Regional asseverado que restou “inequívoca a prática dos fatos narrados na inicial” (fl. 133).

Inadmissível a atitude do empregador, ao submeter seus empregados a tais constrangimentos.

A atividade patronal, qualquer que seja, não justifica expor o empregado à revista vexatória, apalpando-o e, até mesmo, despindo-o; prática esta abusiva que excede o poder diretivo do empregador, pois atinge a intimidade e dignidade do ser humano, direitos pessoais indisponíveis, previstos nos incisos III e X do art. 5º da Lei Maior.

O empregador não se apropria do pudor das pessoas ao contratá-las.

Respeito é o mínimo que se espera. Se a empresa desconfiava de seus empregados, que adotasse outros meios de fiscalização, capazes de impedir delitos, preservando, no entanto, a intimidade de cada um.

No particular, o mestre Luiz de Pinho Pedreira da Silva, em festejado compêndio, lembra que ao trabalhador assiste direito a uma esfera privada em que não pode haver intromissão de outras pessoas nem do Estado. E, com apoio em Pietro Ichino, define como esfera privada o conjunto dos espaços de que a pessoa tem um gozo exclusivo, aí se situando o próprio corpo com tudo o que o reveste (“A reparação do dano moral no Direito do Trabalho”, LTr, 2004, p. 66).

JURISPRUDÊNCIA

É certo que a revista pessoal não está de todo proibida. Situações existem que a justificam. Tudo, porém, deve balizar-se pelo respeito à intimidade do trabalhador, como ser humano.

O constrangimento do empregado, de desnudar-se em presença de inspetores e de outros colegas sem que haja indícios ponderáveis de que lesou o patrimônio da empresa ou decaiu da fidedignidade do empregador, é proceder intolerável.

O r. acórdão paradigma, da lavra da em. Juíza e doutrinadora Alice Monteiro de Barros, do e. TRT da 3ª Região, também citado na obra de Pinho Pedreira, é esclarecedor, ao se reportar à revista individualizada em empresa que trabalha com produtos visados pelo comércio ilegal. Ei-lo: “Sucede que a revista deverá ser admitida como último recurso para defender o patrimônio empresarial e salvaguardar a segurança dentro da empresa, à falta de outras medidas preventivas; mesmo assim, quando utilizada, deverá respeitar a dignidade do trabalhador, evitando ferir-lhe o direito à intimidade. Se a revista implica no fato de o empregado desnudar-se completamente e ainda ter que caminhar por pequeno percurso, a fiscalização atenta contra o direito à intimidade do empregado e autoriza o pagamento de indenização por dano moral art. 5º, X, da Constituição da República de 1988” (op. cit. p. 72).

Dessa forma, configurado o excesso, o abuso desnecessário no tratamento humilhante, *nego provimento* ao recurso da reclamada.

Isto posto,

Acordam os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista apenas quanto ao tema “dano moral”, por divergência jurisprudencial, mas negar-lhe provimento.

Brasília, 13 de junho de 2007. *Horácio Senna Pires*, relator.

Índice Temático

ÍNDICE TEMÁTICO

Ação civil pública. Discriminação. Configuração	221
Agravo de instrumento. Recurso de revista. Nulidade	227
Anotações apostas na CTPS. Alusão à reclamatória trabalhista interposta. Danos morais	245
Atleta profissional. Rescisão. Cláusula penal	249
Competência da Justiça do Trabalho. Indenização por dano moral. Acidente de trabalho	256
Dano moral. Configuração. Justa causa	275
Dano moral. Insucesso probatório da imputação da prática de ato de improbidade	279
Dano moral. Vigilante. Agressão policial. Risco da atividade	288
Justa causa. Improbidade injuriosa. Dano moral. Estabilidade provisória	296
Recurso de revista. Dano moral	309
Recurso de revista. Dano moral. Competência da Justiça do Trabalho	318